ZUR LEHRE

von

dem Gerichtsstand der Vereinbarung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung

des Doctorgrades beider Rechte

der

Hohen Juristenfakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Karl Picot
Hilfsarbeiter bei der Kgl. Staatsanwaltschaft zu Heilbronn.

1891.

G. F. Rapp'sche Buchdruckerei in Cannstatt.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550015_0127

ZUR LEHRE

von

dem Gerichtsstand der Vereinbarung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung

des Doctorgrades beider Rechte

der

Hohen Juristenfakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Karl Picot
Hilfsarbeiter bei der Kgl. Staatsanwaltschaft zu Heilbronn.

1891.

G. F. Rapp'sche Buchdruckerei in Cannstatt.

Inhalt.

Einleitung.

I. Teil: Das römische Recht.

§ 1. Vor der lex iulia iudiciorum privatorum.

§ 2. Die lex iulia iudiciorum privatorum.

§ 3. Das justinianische Recht.

II. Teil:

§ 4. Weitere Entwicklung in Italien und Deutschland.

III. Teil: Das Recht der C.-P.-O. für das deutsche Reich.

§ 5. Allgemeines. — Der Gerichtsstand der Vereinbarung im engern Sinne.

§ 6. Der Gerichtsstand der fingirten Vereinbarung.

Vorbemerkung.

Voller Titel und Auflagenzahl sind nur bei der erstmaligen Erwähnung der citirten Werke genannt. Wo keine Auflage genannt ist, sind mehrere Auflagen nicht vorhanden. Citate von §§ ohne Beisatz beziehen sich auf die R.-C.-P.-O. Archiv = Archiv für die civilistische Praxis.

Zur Lehre

von

dem Gerichtsstand der Vereinbarung.

Einleitung.

Dispositives Recht[1]) begegnet uns heute vielfach sowohl im Privat- als im Civilprozessrecht.

Das Privatrecht war immer das eigentliche Gebiet der Parteiendisposition. Die autonome Kraft des Privatwillens war nie grösser als in der Zwölftafelgesetzgebung des alten Rom's[2]): man denke nur an Sätze wie „uti quis legassit, ita ius esto".

Im Prozessrecht hatte die Parteiendisposition seit jeher geringeren Einfluss.

Die starren Formen des älteren römischen und germanischen Civilverfahrens liessen derselben keinen Raum. Weder das römische noch das germanische Prozessrecht haben übrigens den ursprünglichen Standpunkt zu wahren vermocht. Das Bedürfnis nach freierer Gestaltung des modus procedendi war zu stark, als dass die Anerkennung des Parteiwillens sich auf die Dauer hätte vollständig abweisen lassen.

Das Prozessrecht teilt sich in materielles und formales Prozessrecht. Wo sich — vom Standpunkte des modernen Rechts — dispositives Recht im Gebiete des formalen Prozessrechts, des Prozessrechts im engeren Sinne, zeigt, da ist es vorwiegend der Richter, dessen Wille relevirt. Die Parteien haben zwar die Ent-

[1]) Ueber den Begriff des dispositiven Rechts vergl. Bülow im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 62, S. 1—109.

[2]) Vergl. dazu Jhering, Geist des römischen Rechts, 4. Auflage, 2. Teil, 1. Abteilung S. 65, 122 ff.

scheidung darüber, was Gegenstand der Verhandlung werden soll und was nicht — die Form der Erledigung des Streitstoffes ist ihrem Ermessen regelmässig entrückt. —

Innerhalb des materiellen Prozessrechts ist die Parteiendisposition von altersher namentlich in der Lehre von der (sachlichen und räumlichen) Zuständigkeit in erheblichem Umfange anerkannt.

Zuständigkeit ist Verpflichtung und Befugniss der angegangenen Gerichtsbehörde zur Befassung mit einer konkreten Prozesssache. Aus dieser Befugniss resultirt für die Parteien die Pflicht, bei Vermeidung bestimmter Nachteile am Prozess sich aktiv und passiv zu beteiligen.

Die gesetzlichen Normen über Zuständigkeit begrenzen die Iudikations-Verpflichtung und -Befugniss der Gerichtsbehörde, bewirken die Umsetzung ihrer abstrakten Gerichtsgewalt in die konkret-wirksame, bestimmen die Schranken, innerhalb deren das Gericht Gerichtsgewalt üben, mit Rechtskraftwirkung iudiciren kann. Die der Behörde durch ihre Charakterisirung als Gericht (magistratus) verliehene abstrakte Gerichtsgewalt im Sinne der Fähigkeit zur Ausübung richterlicher Funktionen erhält erst durch die Kompetenznormen das Gebiet ihrer Wirksamkeit angewiesen. Wo keine Zuständigkeit, da ist auch keine Verpflichtung, ja nicht einmal Befugnis zur Ausübung des Richteramts.

Dies ist der grundsätzliche Standpunkt wie des römischen, so auch des Rechtes der C.-P.-O. für das deutsche Reich.[1]) Dem Grundsatz ist jedoch heute ein gut Teil seiner praktischen Wirksamkeit genommen durch die §§ 39, 247 C-P.-O. (vergl. § 10 C.-P.-O., § 103 Abs. 2 G.-V.-G.) und die durch Zweckmässigkeits-Rücksichten allerdings gebotene, auch von den Motiven zur C.-P.-O. §§ 38—40 geteilte und jetzt herrschende Auffassung, dass auch das Urteil des unzuständigen Richters in Rechtskraft übergehe.[2])

---

[1]) Für das römische Recht vgl. Bülow, die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen S. 90 und die daselbst Note 21 Citirten; ferner Adam, die civilprozessuale Zuständigkeits-Vereinbarung in geschichtlicher Entwicklung S. 14, 15, 23; Menzinger, der Gerichtstand der Vereinbarung nach römischem Recht S. 56, 58. Für das heutige Recht s. Deybeck, der Gerichtsstand der Vereinbarung in historischer und dogmatischer Darstellung S. 226 ff.; E. d. R. G. (in Civilsachen) I. S. 438 ff., nam. 443, 444.

[2]) Gaupp, Kommentar zur C.-P.-O., 2. Aufl., Bd. 1. S. 93.

Man unterscheidet bekanntlich sachliche, räumliche und funktionelle[1]) Zuständigkeit.

Die Bestimmungen über die letztere bilden die der Parteiendisposition entzogene Grundlage jedenfalls der modernen Instanzen-Ordnung.[2]) Die Sentenz des zuwiderhandelnden Gerichts wäre, weil gegen unverzichtbare Grundbestimmungen der Gerichtsverfassung verstossend, sententia nulla.

Erst unter mehreren funktionell zuständigen Gerichten kann daher die Frage nach der sachlichen und räumlichen Zuständigkeit, der Zuständigkeit im engeren und eigentlichen Sinne, entstehen, und da die Kompetenz des Obergerichts stets durch die Art des zugelassenen Rechtsmittels, sowie durch die Lage des Untergerichts[3]) bestimmt wird, so ist die entscheidende Frage die nach der sachlichen und räumlichen Zuständigkeit der Erstinstanzgerichte.

Es bestimmt nun schon das spätere römische, diesem folgend das gemeine deutsche und ebenso das heutige Prozessrecht, dass unter gewissen Voraussetzungen und Einschränkungen eine Durchkreuzung der unmittelbar gesetzlichen Normen über sachliche und räumliche Zuständigkeit durch Privatwillen der Beteiligten zulässig sei, insoweit also diese Normen gegenüber abweichender Parteienvereinbarung nur subsidiäre Bedeutung haben sollen.

Damit ist ein weiterer Zuständigkeitsgrund, der der Vereinbarung, geschaffen, welcher von den anderen nur dadurch sich unterscheidet, dass er nicht schon unmittelbar, durch die bei Anstrengung des Rechtsstreits vorhandenen massgebenden Verhältnisse von vornherein bestimmt ist, sondern erst durch das Verhalten der Parteien, also mittelbar, konkrete Gestaltung erhält. Seine Existenz verdankt er in letzter Linie natürlich nicht dem Privatwillen, sondern der Rechtsordnung.

---

1) Oder graduelle; vergl. Wach im Archiv Bd. 62, S. 374; Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Bd. 1, S. 347 ff.

2) Wach, Handbuch, Bd. 1, S. 499, Note 23.

3) A. M. (für das gemeine Recht) Reatz, der Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung S. 38, 39. Vgl. dagegen schon Durantis speculum iudiciale P. 2 de comp. iud. aditione rubrica: sed ad quem appellabitur ab eo (dem prorogirten Richter) dic ad superiorem eius, qui ex consensu cognovit et non ad ordinarium: gradatim enim est appellandum.

Das römische Recht hat an dem Grundgedanken der Vereinbarung konsequent festgehalten Die gemeinrechtliche Lehre hat durch Einschiebung des Präklusionsmoments das Prinzip der Vereinbarung zu verdrängen gedroht; ihr Einfluss ist beispielsweise in der preussischen allgemeinen Gerichtsordnung 1793 und dem code de procédure civile 1806 zu erkennen.

Neuere Gesetzgebungen, unter ihnen auch die C.-P.-O. für das deutsche Reich, haben sich, wenn auch durchweg unter Verwendung von Fiktionen, wieder grundsätzlich auf den Boden der Vereinbarung gestellt. [1])

[1]) Deybeck, S. 115—127. — Die preussische allgemeine Gerichtsordnung und der code de procédure civile enthalten eine Präklusionsnorm für die Einrede der Unzuständigkeit. In beiden Gesetzbüchern entspricht zwar der Präklusionsnorm keine ausdrückliche Kompetenznorm; thatsächlich ist aber die Vornahme eines rechtsgiltigen Verfahrens von dem an sich unzuständigen Richter ermöglicht.

Erster Teil.

Das römische Recht.

§ 1. Vor der lex iulia iudiciorum privatorum.

Von altersher galten im römischen Recht wahlweise die beiden örtlichen Kompetenzgründe des domicilium und der origo (civitas = Civität) — persönliche Gerichtsstände.

Ein dritter im Gesetz als solcher Anfangs nicht anerkannter Gerichtsstand ergab sich aus folgendem Grundsatze des alten Kondiktionenprozesses[1]):

Der Richter durfte nur kondemniren, wenn der Ort der Klage zugleich der Ort der Erfüllung der streitigen Verpflichtung war; in allen Fällen, wo Leistungspflicht am Klageorte nicht begründet war und dies erst in iudicio sich herausstellte, hatte Abweisung der Klage (Absolution des Beklagten) zu erfolgen, weil Verurteilung auf den Ort der Klage nach Massgabe des unterliegenden Rechtsverhältnisses nicht möglich, andererseits aber wegen des in l. 30 D. 5, 1 — ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet — ausgesprochenen Grundsatzes der einmal bis zur Litiskontestation gediehene Rechtsstreit sachlich zu erledigen war. Kam der Mangel der Leistungspflicht am Klageorte schon in iure zu Tage, so gedieh der Rechtsstreit wegen mangelnder Prozessvoraussetzung der Zuständigkeit überhaupt nicht bis zur Litiskontestation.

Aus diesem Grundsatze folgt unmittelbar, dass die verurteilende Sentenz niemals zur Leistung an anderem als dem Orte der Klage verpflichten konnte. Man brauchte daher nur einen bestimmten Erfüllungsort ausdrücklich oder stillschweigend zu bedingen, so war damit sofort auch das für einen künftigen Rechtsstreit zuständige Gericht gegeben. Diese Zuständigkeit hatte ihren Grund

[1]) Vergl. zum Folgenden Cohn, die sog. actio de eo quod certo loco, namentlich S. 5—38.

lediglich in der erwähnten Beschränkung des officium iudicis. Der auf Unterwerfung unter das forum solutionis gerichtete Parteiwille konnte bei Feststellung des Erfüllungsorts konkurriren, war aber unerheblich. [1])

Aus dieser Beschränkung der Kondemnationsbefugniss folgt zugleich die Ausschliesslichkeit des Gerichtsstands des Erfüllungsortes für den Fall, dass Beklagter — in iure oder in iudicio — auf die Vereinbarung der Leistung an drittem Orte sich berief. Die Berufung hierauf in iudicio erschien dann nicht als Einwand der Unzuständigkeit (ein solcher war ja nach der Litiskontestation nicht mehr zulässig, l. 30 D. 5, 1)[2], sondern als Einrede materiellrechtlicher Natur, als Behauptung klägerischer plus-petitio, die, wenn begründet, Abweisung der Klage nach sich ziehen musste.

Das forum solutionis — als solches fand dieser Gerichtsstand in der Folge Anerkennung — gründete sich also auf eine die Lokalisirung der Leistungspflicht[3]) bezielende Beredung der Parteien; seine Ausschliesslichkeit hieng ab vom Willen des Beklagten.

Das über das forum solutionis im Falle ausdrücklicher oder stillschweigender Verabredung des Erfüllungsorts Gesagte hat unbestrittenermassen von jeher auch für die Fälle gegolten, wo der Erfüllungsort durch die Natur der geschuldeten Leistung gegeben ist. In gleicher Weise hat es aber auch Anwendung zu finden auf die Fälle der Bestimmung des Erfüllungsortes unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift [4])

Dass Bethmann-Hollweg anderer Ansicht ist, kann nicht Wunder nehmen: seine Konstruktion des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes und die Hereinziehung des Gesichtspunktes der prorogatio fori verbietet die Erstreckung des ersteren auf Fälle, in welchen von „freier Willensbestimmung des Schuldners", an bestimmtem Orte zu leisten und den Gerichten dieses Ortes sich zu unterwerfen, überhaupt nicht die Rede sein kann.

---

[1]) Da ein aussergerichtliches pactum de prorogando nach römischem Recht keine Kompetenz wirkt.

[2]) Vergl. Bölow, Prozesseinreden S. 85 ff., namentlich S. 87—94.

[3]) A. M. Cohn a. a. O. S. 18 ff.

[4]) Vergl. Bethmann-Hollweg, der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung (Handbuch), Bd. 2, S. 128.

Ein von dem forum solutionis losgelöstes forum contractus hat es nie gegeben. Die mit forum solutionis identische Bezeichnung forum contractus rührt vielmehr daher, dass den Quellen als Sitz und Schwerpunkt der Obligation deren Erfüllungsort gilt, weshalb in l. 21, D. 44, 7 geradezu gesagt ist: „contraxisse unusquisque in eo loco intellegitur, in quo ut solveret, se obligavit“

Die erwähnte Beschränkung des officium iudicis galt nur für den Bereich der stricti iuris actiones; ausserhalb desselben, bei den actiones bonae fidei, hatte der Richter stets freiere Hand gehabt; er durfte kondemnatorische Sentenz erlassen, wenngleich der Beklagte vermöge ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung, nach der Natur der geschuldeten Leistung oder vermöge Gesetzes an drittem Orte zu erfüllen verpflichtet war. Den letzteren Umstand konnte er bei Bemessung der Kondemnationssumme berücksichtigen.

Erst durch Einführung der actio de eo quod certo loco (gewöhnlich actio arbitraria genannt) gewann der Richter dieselbe Freiheit bei den condictiones certi und incerti (actiones stricti iuris) — unter der einen Voraussetzung, dass der Beklagte am Orte der Erfüllung sich nicht treffen liess:

l. 1. D. 13, 4: . . . . . „quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, numquam accederet (quod vel data opera faceret vel quia aliis locis necessario distringeretur)“ — — — — —.

Ueber das Alter der actio arbitraria [1]) ist nur soviel bekannt, dass sie zu Labeo's Zeit, also unter Augustus, geltendes Recht war. Die Annahme dürfte gerechtfertigt sein, dass sie älter ist als die lex iulia iudiciorum privatorum. Denn die durch letztere eröffnete (oder doch in ihr anerkannte) Möglichkeit der fori prorogatio bezeichnet den bedeutsamsten Schritt in freiheitlichem Sinne, welchen die römische Gesetzgebung (bezw. prätorische Civilrechtspflege) auf diesem Gebiete gethan hat. Es liegt der Gedanke nahe, dass, ehe man soweit ging, zunächst der Versuch gemacht wurde, ob nicht durch Freigabe des forum solutionis im Sinne der actio de eo quod

---

(Zu S. 8 Note 4.) So auch Peter bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 24, S. 367—407, namentlich S. 394, a. M. Bethmann-Hollweg, Handbuch Bd. 2, S. 126—128.

[1]) Vgl. Cohn S. 1—3.

certo loco den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs genügend entsprochen sei.

Sodann ist zu erwägen: Zweck der actio de eo quod certo loco war Beseitigung der Ausschliesslichkeit des forum solutionis im Gebiete der stricti iuris actiones. Wäre die actio jünger als die fori prorogatio, so hätte sie nichts Neues geschaffen, vielmehr die lex iulia zum Teil wiederholt; denn durch die vorbehaltlose Anerkennung des forum prorogatum wäre die Ausschliesslichkeit des forum solutionis schon beseitigt gewesen.

Was die Zeit des erstens Auftretens der actio arbitraria betrifft, so verdient der Grund Zustimmung, aus welchem Cohn[1]) als äusserste Grenze nach rückwärts den Anfang der Periode des Formularprozesses bezeichnet.

Weitere Gerichtsstände als die des Domicils, der origo und des Erfüllungsorts hat das römische Recht vor der lex iulia iudiciorum privatorum nicht gekannt. Namentlich hat ein forum litiscontestationis, wie es Reatz[2]) aus l. 30 D. 5, 1 konstruirt, gewiss nie bestanden.[3])

§ 2. Die lex iulia iudiciorum privatorum.

A. Die Möglichkeit der Bestimmung eines von den unmittelbar gesetzlichen Gerichtsständen abweichenden Gerichtsstandes durch Privatwillen ist erstmals gesetzlich anerkannt durch die lex iulia iudiciorum privatorum. Diese ist die eine der bei Gaius IV § 30 genannten „duae iuliae". Ihr Auktor ist wohl Augustus. Das Jahr ihrer Erlassung ist unbekannt.

Die lex selbst ist in den Quellen nur in Bruchstücken erhalten, welche zu den verschiedensten Restitutionsversuchen Veranlassung gegeben haben.[4]) Ob sie völlig neues Recht schaffen oder

---

[1]) a. a. O. S. 1. 2.

[2]) a. a. O. S. 40—51.

[3]) Vgl. Bülow, die Prozesseinreden S. 85 ff., speziell S. 94, Note 26 und die Citate S. 90 u. 91 in Note 21; Wach im Archiv Bd. 62, S. 375; Deybeck S. 100—104, 113—114; Adam S. 20—26.

[4]) Reatz S. 19—21; Deybeck S. 1, 2; Menzinger S. 3. 4.

nur einem schon vorher geübten Brauche gesetzliche Sanktion verleihen wollte,[1]) ist nicht zu entscheiden.

Zwar konnte schon vor der lex iulia das nemliche Resultat wie durch die fori prorogatio dadurch erreicht werden, dass die Parteien durch Festsetzung eines bestimmten Erfüllungsortes dessen forum einem künftigen Rechtsstreit zugänglich machten; allein solche Beredung war nicht direkte Gerichtsstands-Vereinbarung, sondern materiell-rechtliche Verabredung mit der vielleicht beabsichtigten prozessualen Folge, dass durch dieselbe zugleich die Voraussetzungen des (unmittelbar gesetzlichen) Gerichtsstandes des Erfüllungsortes geschaffen wurden. Die Quelle dieses Gerichtsstandes war nicht der gesetzlich sanktionirte Unterwerfungswille der Parteien, sondern die vom Recht gewollte Anknüpfung eines Gerichtsstands an die Verpflichtung zur Leistung an bestimmtem Orte.

Auf die Dauer genügte dieser Umweg dem Verkehrsbedürfnisse nicht mehr.

Die lex iulia bedeutet den endgültigen Bruch mit dem schon durch die actio de eo quod certo loco teilweise aufgegebenen Grundsatze, dass nur bei am Klageort begründeter Leistungspflicht kondemnirt werden dürfe.

Prorogatio fori[2]) im weitesten Sinne ist Begründung von Zuständigkeit durch gesetzlich hiezu autorisirten Parteiwillen.

Der Begriff der Zuständigkeit setzt mit Civiliurisdiktion versehene, d. h. zum Iudiciren im Streit über privatrechtliche Ansprüche staatlich befähigte und verflichtete Persönlichkeiten, Behörden der streitigen Gerichtsbarkeit, Civilgerichte im eigentlichen Sinne, voraus.

Nur eine solche Behörde (sei es ein Einzelner oder mehrere eine Einheit, Kollegium, bildende Personen) kann Zuständigkeit besitzen, nur einer solchen kann daher auch der Parteiwille Zuständigkeit verleihen. Die Unterwerfung unter eine Behörde anderer Art oder eine solche, welcher das in Frage stehende genus

---

[1]) Dafür Deybeck S. 2; unentschieden lassen die Frage Reatz S. 19; Adam S. 30; Menzinger S. 3.

[2]) Ein nicht quellenmässiger Ausdruck; s. Reatz S. 4—14; Adam S. 30; Menzinger S. 2, 3.

iurisdictionis nicht zukommt,[1]) oder gar unter einen privatus, wäre ein civilprozessualisch bedeutungsloser Akt.

Aus obiger Beschränkung der fori prorogatio, als eines Instituts des Civilprozessrechts, folgt, dass die Gerichtsstandsvereinbarung nur insoweit giltig und wirksam ist, als sie — vor die Civilgerichte gehörige - Privatrechtsstreitigkeiten bezielt.

Solange im römischen Civilprozessrecht die Zweiteilung des Verfahrens in ius und iudicium in praxi war, namentlich also in der ganzen Periode des Formularprozesses, bildete die Erledigung der Kompetenzfrage ausnahmslos einen Bestandteil des Verfahrens in iure.[2]) Die Thätigkeit des magistratus, im Uebrigen lediglich einleitend, künftiger rechtlicher Beurteilung den Weg bahnend, war in diesem einen Punkte eine abschliessende. Demgemäss mussten auch die Willens-Erklärungen, welche Kompetenz wirken sollten, vor derjenigen Gerichtsbehörde abgegeben werden, welche die Kompetenzfrage definitiv zu erledigen hatte — und dies war der magistratus.

Mit der Unterwerfung unter seine iurisdictio war die Unterwerfung unter den von ihm zu bestellenden iudex von selbst gegegeben, sofern nicht die Parteien von der ihnen frühzeitig eingeräumten Befugnis der Uebereinkunft auf bestimmte iudices privati Gebrauch machten.

Es bezieht sich demnach im Gebiete des Formularprozesses der Ausdruck forum im Sinne der Lehre von der fori prorogatio auf die Kompetenz des magistratus.

B. Das Zuständigkeit wirkende Moment ist der übereinstimmende auf Unterwerfung unter die iurisdictio des magistratus gerichtete, zur Kompetenz-Begründung gesetzlich autorisirte und gehörig verlautbarte Wille der Parteien.

Prorogatio fori ist auf Kompetenz-Begründung abzielende, in beiderseitiger Unterwerfungs-Erklärung zum Ausdruck kommende Parteien-Vereinbarung.

Dies soll im Folgenden ausgeführt und zunächst der kompetenzwirkende Parteiwille nach seiner Beschaffenheit und der Art seiner Erklärung untersucht werden.

---

[1]) Reatz S. 33 ff.; Deybeck S. 2; vergl. namentlich die in Nr. 5 daselbst Citirten. [2]) Bülow, die Prozesseinreden S. 85—94.

I. Die Beschaffenheit des Parteiwillens.

Erste Erfordernisse relevanten Prorogationswillens sind Parteifähigkeit (Rechtsfähigkeit) und Prozessfähigkeit (persona legitima standi in iudicio).

Die Begriffe der privatrechtlichen und prozessualen Handlungs-(Dispositions)-Fähigkeit decken sich im römischen Rechte nicht.[1]) Letztere kann vorhanden sein ohne erstere, ebenso umgekehrt erstere ohne letztere.

In Absicht auf die prorogatio fori als prozessuales Rechtsgeschäft kommt nur die Prozessfähigkeit in Betracht.

Positivrechtliche Voraussetzung wirksamer Prorogation ist Kenntniss beider Parteien von dem Mangel ihrer Gerichtsunterworfenheit:

l. 2 pr. D. 5, 1: „consensisse autem videntur, qui sciant se non esse subjectos iurisdictioni eius, et in eum consentiant. Ceterum si putent eius iurisdictionem esse, non erit eius iurisdictio. Error enim litigatorum — — — — non habet consensum“ — — — —.

Die Bekanntschaft mit dem Mangel der beklagtischen Gerichtsunterworfenheit kommt aber bei beiden Parteien allein in Betracht; aus letzterer resultirt bekanntlich diejenige des Klägers, welcher rei forum sequitur.

Cit. l. 2 pr. spricht also den Satz aus:

Mangelnde Wissenschaft von dem Nichtvorhandensein beklagtischer Gerichtsunterworfenheit — Irrtum über dieselbe —, sei es bei beiden Parteien, sei es nur auf klägerischer oder nur auf beklagtischer Seite, schliesst die Wirksamkeit der Prorogations-Erklärung aus.

Es folgt, dass bei vorhandenem Irrtum das Verfahren vor dem magistratus, sowie, wenn es zur litiscontestatio kam, das von ihm angeordnete iudicium samt der etwa ergehenden Sentenz wie in allen Fällen mangelnder Zuständigkeit nichtig und daher ohne rechtliche Wirkung war — unbeschadet übrigens der den Parteien durch l. 2 cod. 3, 38 eröffneten Befugnis, die Nichtigkeit durch

---

[1]) Ebensowenig im gemeinen Recht. Vergl. Keller, der römische Civilprozess und die Aktionen, 6. Aufl., S. 279, 280; Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Aufl., S. 91—97.

nachträgliche Uebereinkunft zu heilen.[1]) Geschah dies nicht, so war die Nichtigkeit in besonderem Verfahren geltend zu machen.

Hieraus ergibt sich, dass die Kompetenzprüfung nicht erst auf Parteianregung, sondern von Amtswegen zu geschehen hatte;[2]) denn Staat und Parteien haben gleichstarkes Interesse an der Nichtvornahme von Hause aus nichtiger Prozesshandlungen.

Zwischen thatsächlichem und rechtlichem, entschuldbarem und unentschuldbarem Irrtum wird im Falle der l. 2 pr. nicht unterschieden.[3]) Die gegenteilige Annahme ist willkürlich, da sie in dem Wortlaut der Stelle — der einzigen, welche sich hierüber äussert — keine Stütze findet. Im Uebrigen gelten die privatrechtlichen Grundsätze über Irrtum. Dies findet namentlich auch auf den wesentlichen Irrtum Anwendung: error non dedit iurisdictionem.[4])

Zwang und Betrug haben eine von der privatrechtlichen Lehre abweichende Regelung in einer Beziehung gefunden:

Wenn der magistratus selbst durch unzulässige Entfaltung seines Einflusses die eine oder andere Partei zur Erklärung des Unterwerfungs-Willens bestimmt hat, liegt giltige Prorogation nicht vor.

Die direkte — aus der Beschaffenheit des Parteiwillens hergeleitete — Unwirksamkeit, Nichtigkeit der Vereinbarung ist auf die erwähnten Fälle beschränkt.

---

[1]) Vergl. Bülow, Prozesseinreden S. 91 Note 21.

[2]) So auch Deybeck S. 47, 187—189, „obwohl die Zuständigkeit innerhalb gewisser Grenzen eine dispositivnormirte Prozessvoraussetzung war"; desgl. Adam S. 14 ff.

[3]) A. M. Reatz S. 67 ff., der unter Heranziehung der Analogie der condictio indebiti nur den faktischen Irrtum berücksichtigt. Derselben Ansicht ist Adam S. 33, 34, mit der Begründung, dass „dem römischen Recht die Unterscheidung zwischen civilrechtlichem und prozessualem Rechtsgeschäft schwerlich geläufig war und ihm folglich der Vertrag der l. 2 als ein den civilrechtlichen Grundsätzen unterliegendes Rechtsgeschäft erschien". Dem ist mit Menzinger S. 11—16 entgegenzuhalten, dass jeglicher die Gerichtsunterworfenheit beziehende Parteiirrtum — thatsächlicher oder rechtlicher, verschuldeter oder unverschuldeter — die Möglichkeit des se subiicere, also Prorogation überhaupt, ausschliesst.

[4]) l. 2 pr. D. 5, 1.

II. Die Erklärung des Prorogationswillens.

Der Wille ist überall nur da rechtlich wirksam, wo er in die Erscheinung getreten, erklärt ist. Der Erklärung bedarf daher auch der Unterwerfungswille der prorogirenden Parteien.[1])

1. Zunächst mag an gewöhnliche Willenserklärung von Partei zu Partei, aussergerichtliche Uebereinkunft, gedacht werden.

Ulpian's Darstellung in l. 1, l. 2 pr. § 1, D. 5, 1 stünde dem nicht entgegen. Der Jurist stellt als Erfordernis wirksamer Prorogation auf, dass die Parteien „se subiiciant iurisdictioni" und „consentiant". Hierunter ist zu verstehen: einmal, dass beide Parteien die (ausdrückliche oder stillschweigende) Erklärung abgeben, dem Magistratus sich zu unterwerfen — se subiiciant —,[2]) sodann, dass die Parteien bei Abgabe dieser Erklärung beide von der mangelnden Zuständigkeit des Magistratus Kenntniss und die übereinstimmende Absicht haben, diesem Mangel abzuhelfen — consentiant.[3]) Hierdurch ist der Pleonasmus vermieden, welcher entsteht, wenn man mit Reatz S. 59 ff. consentire ebenfalls als Partei-Handlung, Unterwerfungs-Erklärung auffasst. Die Reatz'sche Korrektur der l. 1 cit — statt et consentiant: id est consentiant zu lesen — passt sich seiner Konstruktion an, ist aber willkürlich.[4])

In der vielumstrittenen l. 18 D. 2, 1 (Africanus):

„Si convenerit, ut alius praetor quam cuius iurisdictio esset,

[1]) A. M., ohne rechtfertigenden Grund, Menzinger S. 10, 11, 18 oben; vergl. jedoch S. 28 ff. daselbst, wo diejenigen Handlungen aufgeführt sind, durch welche die Parteien „ihre Einwilligung in den iudex in schlüssiger Weise zu erkennen geben".

[2]) Eine abweichende Erklärung des se subiiciant bei Menzinger S. 4—6.

[3]) Die Spaltung des Konsensbegriffes in einen consensus im engern und weitern Sinn — Reatz S. 57 — ist ungerechtfertigt und zwecklos: bei allen Vertragsverhältnissen gibt es nur einen einheitlichen Konsens; auf was alles er sich zu erstrecken habe, wird gerade durch die für das betreffende Rechtsverhältnis geltenden Normen bestimmt. Vergl. hierüber die treffenden Bemerkungen bei Menzinger S. 7.

Gegen die Auffassung von consensus als „innere Uebereinstimmung der Kontrahenten" wendet sich neuerdings auch Leonhard, der Irrtum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte, namentlich S. 11—56. Ueber diese Schrift vergl. kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 25 (alte Folge), S. 368 ff.

[4]) Vergl. darüber Adam S. 30—32; Menzinger S. 9 Z. 6.

ius diceret et priusquam adiretur mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur, eiusmodi conventioni stare", ist die rechtliche Unverbindlichkeit (Unerzwingbarkeit) des aussergerichtlichen Prorogationsvertrages ausgesprochen.[1])

Die erste Frage ist: Bedeutet mutata voluntas ein- oder beiderseitige Parteiwillensänderung?[2])

Beide Auslegungen sind sprachlich möglich; beide haben von jeher Vertreter gefunden.

Anscheinend hat die Annahme beiderseitiger Willensänderung den Vorzug.

Wo von einer nudo consensu geschlossenen Vereinbarung gesagt ist, dass mutatio voluntatis sie wirkungslos mache, denkt man zunächst an beiderseitigen Rücktritt, um so eher, als nach bekanntem Rechtssatz (l. 80 D. 46, 3 cf. l. 35 D. 50, 17) prout quidque contractum est, ita et solvi debet, und eine Reihe von Quellenstellen gerade von Konsensualverträgen ausdrücklich sagt, dass sie durch mutuus dissensus[3]) aufgehoben werden.

Aber gerade diese letztgenannten Stellen sprechen für das Gegenteil:

a. Aus der Redeweise dieser Stellen erhellt auf den ersten Blick, dass nur der übereinstimmende Wille der Parteien Aufhebung der obligatio wirke. Es sind dafür Ausdrücke, wie consensus, conventio, nuda conventio, Verbalformen von consentire, kurz lauter unzweideutige Bezeichnungen für vertragsmässige Ueber-

---

[1]) Diese Unverbindlichkeit der aussergerichtlichen Prorogationsvereinbarung leitet Reatz S. 105 ab aus der Ungiltigkeit von Verträgen, welche eine Beschränkung der staatsbürgerlichen Freiheiten der Personen bezwecken.

[2]) Vergl. Reatz S. 92—104; Deybeck S. 31, 32. Darin kann jedoch Reatz nicht beigestimmt werden, „dass mit der wissentlichen aditio eines gesetzlich inkompetenten Richters die gesetzliche Kompetenz der übrigen Gerichte erlösche." Die Kompetenz jedes andern „gesetzlich kompetenten Richters" (magistratus) vermag nur insolange keine Wirksamkeit zu äussern, als der prorogirte Richter (magistratus) mit der Sache befasst ist — ebenso wie durch Angehung einer der mehreren „gesetzlich kompetenten" Behörden die Kompetenz der übrigen nicht aufgehoben wird, sondern nur insolange eben nicht in Betracht kommen und Wirkung äussern kann, als der Rechtsstreit vor dem angegangenen Gerichte (magistratus) schwebt.

[3]) Oder contrarius consensus; vergl. die bei Reatz S. 100 Note 6 citirten Stellen, dazu l. 80 D. 46, 3.

einkunft gebraucht. Ausserdem findet sich in § 4 J. 3, 29 „contraria voluntas“ und in l. 7 § 6 D. 2, 14 die Wendung „posse abiri ab emptione“.

Dass die Bezeichnung contraria voluntas nur im Sinne beiderseitigen Rücktritts zu verstehen ist, erhellt sofort; denn das Gegenteil von übereinstimmendem auf Begründung eines Rechtsverhältnisses gerichtetem Willen ist übereinstimmender auf Aufhebung gerichteter Wille der Parteien.

Ebenso verhält es sich mit cit. l. 7 § 6, wo in unzweideutiger Beziehung auf das „posse abiri ab emptione“ gleich darauf von „pactio“ und (§ 7) „pacta conventa“ die Rede ist.

Es folgt, dass da, wo zur Aufhebung der Wirkungen einer Parteienübereinkunft Konsens der Parteien erforderlich ist, dies in der Sprache der Quellen Ausdruck gefunden hat.

Vergleicht man nun andererseits die in l. 18 D. 2, 1 gebrauchte allgemeine Wendung „si . . . mutata voluntas fuerit“, so ergibt sich, dass hierunter ein Anderes, nemlich Aenderung des Parteiwillens überhaupt, einerlei ob nur auf einer oder auf beiden Seiten, gemeint sein muss. Der Ausdruck mutata voluntas, jeder subjektiven Beziehung entbehrend, ist zu matt, als dass es gerechtfertigt wäre, ihn ausschliesslich vom vertragsmässigen Rücktritt zu verstehen.

b. Ein weiteres aus der Vergleichung der l. 18 D. 2, 1 mit den citirten Stellen sich ergebendes Argument ist folgendes:

Die Wirkung des Rücktrittvertrags ist in diesen Stellen bezeichnet mit: „obligatio dissolvitur, resolvitur, tota res tollitur, receditur ab emptione, infecta fit emptio.“ Alle diese Wendungen bedeuten so viel als: die frühere conventio und das aus ihr resultirende Obligationsverhältniss haben für die Zukunft alle und jede rechtliche Existenz verloren.

Anders l. 18. Die Worte „nemo compelletur eiusmodi conventionis stare“ verneinen nur die rechtlich erzwingbare Erfüllungspflicht; im Uebrigen wird die conventio in ihrem Fortbestande nicht berührt. Solange aber eine Konsensualobligation auch nur noch einen Schatten rechtlicher Existenz hat, kann ein mutuus dissensus nicht auf sie eingewirkt haben, denn dieser hätte sie — re integra —[1])

[1]) Reatz S. 100 ff.

gänzlich aus der Welt geschafft. Ein conventioni stare wäre daher unmöglich.

c. In letzter Linie weist auf die hier vertretene Auffassung ein argumentum e contrario aus l. 18:

Unzweifelhaft war es den Parteien unbenommen, nach der aditio praetoris in jedem Stadium jedenfalls des Verfahrens in iure durch nudus consensus die geschlossene Prorogations-Uebereinkunft ausser Kraft zu setzen, dem magistratus die Zuständigkeit wieder zu entziehen.[1])

Wenn nun l. 18 von einer mutatio voluntatis spricht, welche nur vor der aditio praetoris wirksam sein sollte, so kann damit nur einseitige Willensänderung gemeint sein. Dass zweiseitiger Rücktritt vor der aditio praetoris möglich sei, hätte besonderer Erwähnung nicht bedurft.[2])

Der Zeitpunkt der praetoris aditio ist für die Parteien je mit Abgabe ihrer relevanten Unterwerfungserklärung eingetreten. Hiervon wird im Folgenden die Rede sein.

Die aussergerichtliche Prorogations-Uebereinkunft wirkt sonach keine Kompetenz.[3]) Relevant sind allein diejenigen Unterwerfungs-Erklärungen, in welchen sich eine aditio praetoris ausspricht, welche vor dem Prätor erfolgen.

---

[1]) In iudicio war dies wegen des Grundsatzes in l. 30 D. 5, 1 nicht mehr möglich.

[2]) Die herrschende Meinung fasst denn auch cit. l. 18 im Sinne des einseitigen Rücktritts auf. So ausser Reatz S. 92—104: Glück, Paudekten-Kommentar Bd. 3 S. 211—214; Wetzell S. 480, namentlich Note 30; Brackenhöft, Erörterungen aus dem Civilprozess S. 265, namentlich Note 4. Unter den Neueren insbesondere Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts Bd. 1 S. 78 Note 6; Deybeck S 31, 32; Adam S. 36, 37; Menzinger S. 22—28. A. A. Bethmann-Hollweg, Handbuch Bd. 2 S. 120 Note 15; derselbe: Versuche über einzelne Teile der Theorie des Civilprozesses S. 12 Note 31 s. f., sowie die bei Reatz S. 93 ff. Genannten.

[3]) Auch nicht im Falle der Einkleidung des pactum in eine das Versprechen einer Konventionalstrafe enthaltende Stipulation. Das Recht des Gegners auf die für den Zuwiderhandlungsfall stipulirte Strafsumme wird hierdurch nicht berührt; weiter aber reicht die Wirkung der Stipulation nicht. Planck, Lehrbuch Bd. 1 S. 78 Note 6; Deybeck S. 32; vgl. auch Brackenhöft, Erörterungen S. 265, namentlich Note 4; Adam S. 37—40; Menzinger S 22. A. M. bezüglich des Anspruches auf die Konventionalstrafe, wie es scheint, Reatz S. 105, 106.

Dabei sind zwei Möglichkeiten denkbar. Entweder: der Prozess, genauer das Verfahren in iure, bildet den Rahmen für Abgabe dieser Erklärungen. Oder: die letzteren können nach Belieben ausserhalb oder innerhalb des Rechtsstreits oder teils ausserhalb teils innerhalb desselben abgegeben werden,[1]) wenn nur die Abgabe vor demjenigen magistratus geschieht, dessen Kompetenz eben begründet werden soll.

Die Entscheidung hängt ab von der Auslegung der Worte „priusquam praetor adiretur."

Wo, wie in l. 18, von Kompetenzbegründung in einem zu eröffnenden Rechtsstreit und mit Beziehung auf letzteren von aditio praetoris ohne weiteren Beisatz die Rede ist, da liegt der Gedanke nahe, dass darunter eine für Existenz und Umfang des Rechtsstreits massgebende aditio, durch welche der letztere Leben und Gestaltung erhält, gemeint sei: auf klägerischer Seite die die Erhebung der Klage bezielenden Schritte, auf beklagtischer das prozessuale Verhalten des in ius vocirten reus, seine Antwort auf das Vorbringen des Klägers.[2])

So auch Deybeck S. 33: „Zu dem Wesen der aditio gehörte der unmittelbare Prozessbeginn, als das die subiectio enthaltende Handeln."[3])

Diese Erwägung führt zu dem Schlusse, dass die Unterwerfungserklärungen nur im Rahmen des Prozesses, und zwar in iure, wirksam abgegeben werden konnten.

l. 18 statuirt also die Unverbindlichkeit nicht blos jeder aussergerichtlichen, sondern auch jeder ausserprozessualen auf Kompetenzbegründung gerichteten Parteiwillenserklärung.[4])

2. Die andere Frage ist: Wem gegenüber und in welcher Weise musste die Erklärung erfolgen?

In ersterer Beziehung sind zwei Möglichkeiten denkbar: Erklärung gegenüber dem magistratus und gegenüber dem Prozessgegner.

---

1) So Reatz S. 67, 68.

2) Vorausgesetzt, dass diese Antwort Sacheinlassung war und nicht blose Geltendmachung der Inkompetenz oder eines andern prozesshindernden Umstandes, s. Menzinger S. 30—34.

3) Aehnlich Adam S. 36.

4) So Glück, Pandektenkommentar Bd. 3 S. 214.

Aus der Verlegung der Prorogationserklärungen in den Prozess folgt die Notwendigkeit ihrer Abgabe dem magistratus gegenüber oder doch in seiner Anwesenheit und unter seiner Auktorität gegenüber dem Prozessgegner.

Die Erklärung erfolgte ausdrücklich oder, was die Regel sein mochte, durch konkludente Prozesshandlungen; seitens des Klägers etwa durch Verbringung der Sache vor den magistratus, Begehren der actio, seitens des Bekl. am unzweideutigsten durch rügelose Einlassung Sache des magistratus war es, die Prozesshandlungen der Parteien nach ihrer Schlüssigkeit für den Prorogationswillen zu beurteilen. Die verbindliche Wirkung der Erklärungen trat für jede Partei sofort mit deren Abgabe ein.

3. Hinsichtlich sämmtlicher Unterwerfungs-Erklärungen war es unerheblich, ob ausserhalb des Prozesses auf die Prorogation bezügliche Vereinbarungen stattgefunden hatten oder nicht. Häufig mag dies der Fall gewesen sein, die Parteien mochten sich vielleicht auch für civilrechtlich verpflichtet erachten, der Vereinbarung gemäss im Prozesse sich zu erklären — in Wirklichkeit vermochten derartige Beredungen den Beklagten mit der Rüge der Unzuständigkeit nicht auszuschliessen; denn relevant, bindend und kompetenzbegründend war einzig die Erklärung vor dem magistratus.[1])

Eben in dieser ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung des beiderseitigen Unterwerfungswillens lag das „convenire inter privatos“ der l. 2 § 1 D. 5, 1. Der Begriff convenire (conventio) ist überall da anwendbar, wo die Erklärung übereinstimmenden Willens rechtliche Gebundenheit der Kontrahenten zur Folge hat. Ein Grund, unter convenire (conventio) lediglich den aussergerichtlichen Prorogationsvertrag zu verstehen (Reatz S. 57, nam. S. 61), liegt nicht vor. Damit wird aber auch der Vorwurf der Ungenauigkeit hinfällig, welchen Reatz a. a. O. dem Auktor der Gesetzesworte „quominus inter privatos conveniat“ macht.

III. Zwei weitere Vorschriften, deren eine aus dem soeben Erörterten unmittelbar folgt,[2]) sind noch zu erörtern;

1. Der positive Konsens des Gerichts (im Formularprozesse des magistratus) war nicht erforderlich; sein Dissens schloss jedoch

[1]) Ebenso Menzinger S. 19—22.

[2]) Siehe unten S. 23 Z. 2.

die Wirksamkeit bezw. das Zustandekommen der Prorogation aus. Beides war, ersteres resolutiv, letzteres suspensiv, bedingt durch Nicht-Ablehnen der Sachverhandlung und -Entscheidung von Seiten des Gerichts.

Aus dem Ablehnungsrecht resultirt die Befugnis des Richters (magistratus) zur Kompetenzprüfung und eventuell Abweisung schon auf den einseitigen Parteiakt der Klagerhebung hin. Die gegenteilige Annahme würde die Verpflichtung des Gerichts zur Vornahme prozessualer Handlungen involviren, deren Wertlosigkeit ihm gegebenenfalls schon vorher ausgemachte Sache war.

Die äusserste Grenze für Ausübung des Ablehnungsrechts bildete unter allen Umständen die Litiskontestation: ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet.

Innerhalb des Verfahrens in iure konnte es solange ausgeübt werden, als nicht der magistratus durch ausdrückliche oder stillschweigende Annahme-Erklärung auf dasselbe Verzicht geleistet hatte.[1])

Das richterliche Ablehnungsrecht ist beinahe allgemein anerkannt. Der Hauptgegner desselben unter den Neueren ist Francke.[2]) Dieser argumentirt:

Aus Dig. 5, 1 gehe das Ablehnungsrecht nicht hervor; namentlich l. 1, die Kardinalstelle der Lehre, wisse — von dem Akte der Subjektion abgesehen — von keinem anderen Erfordernis der Prorogation, als dem Konsens der Parteien. In l. 2 § 1 sei dies zudem direkt ausgesprochen: „sufficit ergo privatorum consensus“. Alles Folgende sei notwendiges Ergebnis des Vorangehenden und l. 2 § 1 l. c. s. f. . . . . „proinde si privati consentiant, praetor autem ignoret consentire, et putet suam iurisdictionem, an legi satisfactum sit, videndum est: et puto posse defendi, eius esse iurisdictionem“, spreche den Satz aus, dass wenn der Konsens der

---

1) Die Erklärung der Annahme, des Verzichtes auf Ablehnung, erfolgte stillschweigend dadurch, dass der magistratus, ohne zu interveniren, es zur litiscontestatio kommen liess. A. M. Menzinger S. 52.

2) Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Bd. 2 S. 113—131. Weitere Nachweisungen bei Reatz S. 188—213. Francke's Ansicht tritt neuerdings bei Menzinger S. 51—53, 58; die herrschende Meinung vertreten Deybeck S. 10 bis 12, Adam S. 48—54.

Parteien genüge, wenn weder der ausdrückliche, noch der stillschweigende Konsens des Richters erforderlich sei, es folgeweise nicht darauf ankommen könne, ob der angegangene Richter in dem Titel seiner Kompetenz irre.

Sodann sei ein unmittelbares Zeugnis dafür, dass der Richter nötigenfalls zur Annahme gezwungen werden könne, enthalten in l. 3 cod. 3, 13: „privatorum consensus iudicem non facit eum, qui nulli praeest iudicio; nec quod is statuit, rei iudicatae continet auctoritatem."

Hieraus folgert Francke, dass, wenn Gegenstand des Parteienkonsenses ein (mit der betreffenden iurisdictio versehener) iudex sei, der consensus privatorum und er allein dessen Zuständigkeit für den konkreten Fall begründe. Sei aber einmal Zuständigkeit vorhanden, so könne von einer Ablehnungsbefugnis nicht mehr die Rede sein.

Es bedarf nicht des von Reatz S. 185 ff. gemachten Umwegs, um diese Schlussfolgerung Francke's zu widerlegen.

Ist der ebenerwähnte, durch argumentum e contrario aus l. 3 gewonnene Satz, dass, wo iurisdictio vorhanden, lediglich durch consensus privatorum Kompetenz begründet werde, richtig, dann muss doch dieser consensus mit dem in D. 5, 1 ausdrücklich anerkannten consensus identisch sein und es kann derselbe nur unter derjenigen (suspensiven oder resolutiven) Bedingung Kompetenz wirken, unter welcher ihm diese Wirkung nach D. 5, 1, der sedes materiae, zukommt. Erst wenn aus den Vorschriften dieses Titels ein sicheres Ergebnis sich nicht gewinnen lässt, wird es zulässig sein, aus anderen die Frage nur beiläufig berührenden Quellenstellen selbständige Schlüsse zu ziehen.

Francke stützt sich darauf, dass l. 1 Dig. 5, 1 (vgl. mit l. 2 pr. Satz 1) die Erfordernisse der Prorogation sämmtlich enthalte, von einem Requisit des non dissentire auf Seiten des Gerichts (magistratus) daselbst aber nicht die Rede sei.

Letzteres ist zweifellos richtig, ersteres dann, wenn der Begriff „Erfordernis" in seinem gewöhnlichen Sinn, nemlich als positives, konstitutives Element genommen wird. Nicht ausgeschlossen ist dabei, dass trotz Vorhandenseins sämmtlicher konstitutiven Momente ein Thatbestand seine regelmässige Wirkung nicht äussert,

weil die letztere noch ausserdem an das Eintreten oder Nichteintreten eines gewissen Umstandes, an eine Bedingung, geknüpft ist. Eine solche (negative) Bedingung ist vorliegend der non dissensus auf Seiten des Gerichts (magistratus).

Sie hat gesetzlichen Ausdruck gefunden in l. 2 § 1 D. 5, 1: . . . . „proinde si privati consentiant, praetor autem ignoret consentire et putet suam iurisdictionem, an legi satisfactum sit, videndum est. et puto posse defendi, eius esse iurisdictionem.“ Diese Worte sind von Francke's Standpunkt aus selbstverständlich und überflüssig. Nur die Annahme richterlichen Ablehnungsrechts verschafft ihnen vernünftigen Sinn.

Die ganze Ausdrucksweise Ulpian's, namentlich die vorsichtige Wendung: „puto posse defendi, eius esse iurisdictionem“ spricht dafür, dass die Frage nicht unzweifelhaft und dass verschiedene Ansichten über dieselbe im Gange waren. Möglich waren aber derartige Zweifel nur dann, wenn auch dem magistratus Einfluss auf die Gestaltung der Kompetenzfrage zustand.

Alles deutet sonach darauf hin, dass ein Ablehnungsrecht des Richters (bezw. magistratus) bestanden hat. Die thatsächliche Unterlassung der Ablehnung, gleichviel aus welchem Grunde, genügte zur Kompetenzwirkung.

„Es relevirt also — im römischen Recht — der Richterwille nicht als positiver Konstituirungswille, sondern als Ablehnungswille.“ — Wach im Archiv Bd. 62 S. 381.

2. Aus der Unverbindlichkeit der ausserprozessualen Unterwerfungserklärung folgt ohne Weiteres, dass die Prorogation auf eine konkrete Streitsache gerichtet sein musste und nur auf diese gerichtet sein konnte, denn die Wirkung jeder Prozesshandlung ist durch den Streitgegenstand sachlich begrenzt.

IV. Zwischen sachlicher und räumlicher Kompetenz wird von den Quellen nicht unterschieden. Die Zulässigkeit der Prorogation auf ein sachlich inkompetentes Gericht (magistratus) ist ausserdem in l. 74 § 1 D. 5, 1 und l. 28 D. 50, 1 für diejenigen Fälle ausdrücklich anerkannt, in welchen die Zuständigkeit sich nach der Höhe des Streitwerts bestimmt.[1])

---

1) Zulässig war ausserdem die Prorogation von dem praetor urbanus auf den praetor peregrinus und umgekehrt — l. 2 § 2 D. 5, 1; vgl. darüber Deybeck S. 3.

Beide leges handeln zwar nur von der Prorogation auf das mit der niedereren Zuständigkeit versehene Gericht. Mittels argumentum a maiori ad minus darf aber unbedenklich die Zulässigkeit der Unterwerfung auch unter das höhere Gericht gefolgert werden.

Unzulässig war die Prorogation nur insoweit, als ausschliessliche sachliche Zuständigkeit bestimmter Gerichte (magistratus) zutraf.[1])

V. In diesen Grenzen gestattet das vorjustinianische Recht die Verschiebung der Zuständigkeitsnormen durch Privatwillen.

Die für das heutige Recht praktische Frage, ob durch Prorogation ein ausschliesslicher oder mit den übrigen in concreto zutreffenden fora wahlweise konkurrirender Gerichtsstand geschaffen werde, kann für denjenigen, welcher sich betreffs der Frage nach der Art der Erklärung des Prorogationswillens auf den vorstehend eingenommenen Standpunkt stellt, in Ansehung des römischen Rechts nicht entstehen.

Nach der hier vertretenen Ansicht kann ja vor Beginn des Prozessverfahrens die Unterwerfungserklärung von der einen oder anderen Seite überhaupt nicht wirksam erfolgen, daher auch von wahlweiser Konkurrenz der unmittelbar gesetzlichen Gerichtsstände mit dem forum prorogatum bezw. Ausschliesslichkeit des letzteren den anderen gegenüber nicht die Rede sein

Die Quellen berühren denn auch diese Frage mit keinem Wort.

§ 3. Das justinianische Recht.

An dem vorstehend Ausgeführten ist bis zum Abschluss der römischen Rechtsentwicklung nichts geändert worden. Namentlich hat auch die von Justinian im Jahre 531 p. Chr. erlassene l. 29 cod. 2, 3 das bisherige Recht unberührt gelassen.

---

[1]) Ob es im römischen Recht ausschliessliche fora überhaupt gegeben hat, ist übrigens zweifelhaft; die Quellen geben darüber sichere Auskunft nicht. Gegen die Annahme ausschliesslicher fora Menzinger S. 38—51, namentlich S. 50.

Der Inhalt dieser (in l. 50 cod. 1, 3 wiederholten) l. 29 ist: Derjenige, welcher aus irgend einem Grunde, sei es mit Rücksicht auf seine Stellung als Soldat, staatlicher Würdenträger oder Geistlicher, einen privilegirten Gerichtsstand hat, verpflichtet sich durch aussergerichtliche Vereinbarung,[1]) in einem künftigen (schon konkret bestimmten oder nur als möglich gedachten) Rechtsstreit von seinem privilegium keinen Gebrauch zu machen, den ordentlichen (gemeinen) Richter nicht abzulehnen.

Das pactum ist für giltig und bindend erklärt, weil es Niemand verstattet sei, gegen eine vertragsmässig übernommene Verpflichtung zu handeln und den Gegenkontrahenten hinter's Licht zu führen. Statuire doch schon das prätorische Edikt die Giltigkeit von Verabredungen, welche gegen Gesetze nicht verstossen und bei welchen sich Niemand dolosen Verhaltens schuldig gemacht habe. Ueberdies bestimme eine alte Rechtsregel, dass man auf Beneficien wirksam verzichten könne

Die Entscheidung ist getroffen — wie ausdrücklich betont wird — „licet ante dubitabatur", ungeachtet der Zweifel, welche man früher an der Giltigkeit und Verbindlichkeit derartiger Abreden gehabt hatte. Zweifel konnten aber bestehen und bestanden, weil eine gewisse Aehnlichkeit dieses Verzicht'svertrags mit dem — anerkanntermassen ungiltigen — aussergerichtlichen Prorogationsvertrage insofern vorlag, als beide den Erfolg anstrebten, aus einem bisher ablehnbaren Gericht ein nicht ablehnbares zu machen. Die Gründe der Ablehnbarkeit in beiden Fällen sind allerdings verschieden.

Durch ein persönliches Gerichtsstands-Privilegium innerhalb des ordentlichen Civilprozesses — und von einem solchen ist in l. 29 die Rede — wird an der Kompetenz des gemeinen Richters begrifflich nichts geändert. Dieselbe dauert fort und äussert ihre ungeschwächte Wirksamkeit in allen Fällen, wo der Beklagte von

[1]) Das Erfordernis der Schriftlichkeit ist in l. 29 nicht aufgestellt. Dies geht aus der der Entscheidung beigefügten, ganz allgemein gehaltenen Begründung („sancimus nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentes decipere" und „pacta conventa, quae neque contra leges nec dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt") hervor, welche offenbar mündliche Abmachungen so gut wie schriftliche im Auge hat. Derselben Ansicht sind Reatz S. 127—141; Deybeck S. 79, 80. A. M. Planck, Lehrbuch Bd. 1 S. 78 Note 6; Adam S. 42.

seinem Rechte, die Verklagung im privilegirten Gerichtsstand zu verlangen, gleichviel aus welchem Grunde, keinen Gebrauch macht. Es bedarf in solchen Fällen nicht erst der Unterwerfung unter den ordentlichen Richter; es tritt vielmehr dessen Kompetenz ipso iure wieder in Wirksamkeit.

Wo demgemäss der Beklagte dem ordentlichen Richter gegenüber auf das privilegium fori sich beruft, da macht er nicht den Unzuständigkeits-Einwand im technischen Sinne, sondern eine — ebenfalls fori-deklinatorisch wirkende — Einrede aus der ihm verliehenen Rechtsbegünstigung geltend.

Unter den Neueren teilen die im gemeinen Recht vielfach verteidigte Ansicht, dem ordentlichen Richter sei durch das Privilegium die Zuständigkeit genommen, namentlich Reatz[1]) und Deybeck[2]).

1. Reatz dient als Grundlage der in gemeinrechtlichen Lehrbüchern[3]) enthaltene Satz, dass der privilegirte Gerichtsstand an die Stelle des ordentlichen Gerichtes trete. In etwas anderer als der Reatz'schen Auffassung ist dieser Satz zweifellos richtig. Reatz aber findet darin ausgesprochen, dass sofort mit Existenz des Gerichtsstandsprivilegiums die Kompetenz des ordentlichen Richters erlösche. Die Folge wäre, dass der letztere erst durch Prorogation wieder zuständig werden könnte.

Dem ist entgegenzuhalten: das privilegium favorabile — und ein solches ist der Sondergerichtsstand — ist doch lediglich ein Mittel in der Hand des Beklagten, der nach Belieben von demselben Gebrauch macht oder nicht.

Thut er das letztere, so müssen Normen vorhanden sein, welchen auch der privilegiatus unterworfen ist, und diese Normen enthält das für Alle geltende Gesetz. Dessen Vorschriften stehen einerseits dem privilegiatus neben seinem Sonderrecht zur Benützung frei, fordern andererseits aber auch Beachtung für den Fall, dass auf das privilegium in concreto verzichtet wird.

Die weitere Folgerung von Reatz ist:

Wenn eine privilegirte Person auf ihren (privilegirten) Gerichtsstand aussergerichtlich verzichte, so sei ihre Absicht darauf

---

[1]) S. 106—127.

[2]) S. 33- 40.

[3]) S. Reatz S. 108 Note 1.

gerichtet, einem gemeinen, gesetzlich inkompetenten Gerichte sich zu unterwerfen. Diese Absicht könne ausdrücklich erklärt und das Gericht, das den Rechtsstreit entscheiden solle, genannt werden. Wenn aber die Partei lediglich „auf ihren privilegirten Gerichtsstand verzichtet“ habe, dann müsse man annehmen, sie habe sich denjenigen Gerichten unterworfen, die kompetent sein würden, wenn sie keine privilegirte Person wäre.

Ausserdem seien aber nur noch die beiden Annahmen möglich: entweder, dass die Parteien beabsichtigten, den privilegirten Gerichtsstand so aufzuheben, dass kein anderer an seine Stelle trete, oder dass sie beabsichtigten, jedes Gericht für kompetent zu erklären. Die erstere dieser beiden Ansichten dürfen und werden aber die Parteien nicht haben; die letztere könne denselben nicht unterstellt werden, da die hierdurch geschaffene Rechtslage für den Beklagten offenbar zu hart sein würde und im Zweifel das minimum als Absicht der Parteien angenommen werden müsse. Hiernach bleibe nur die oben wiedergegebene Annahme übrig

Reatz zieht hieraus den Schluss:

„Der aussergerichtliche Verzicht einer Partei auf ihren privilegirten Gerichtsstand ist demnach das Versprechen einer Partei, einem gesetzlich inkompetenten Gerichte sich zu unterwerfen, ist der Unterwerfungsvertrag. Eine praktisch wichtige Folge hiervon ist die, dass nach erklärtem Verzichte nicht etwa die gesetzliche Kompetenz des betreffenden Gerichts wieder auflebt, sondern dass dieses Gericht als Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung erscheint.“

Es soll folgeweise durch l. 29 die l. 18 D. 2, 1 abgeändert und der aussergerichtliche Prorogationsvertrag für wirksam und verpflichtend erklärt sein.

Um zu dem erwähnten Ergebnisse zu gelangen, verwendet Reatz einen unhaltbaren Obersatz; andererseits musste er von seinem Standpunkt aus zu diesem Resultat kommen, wenn der in l. 29 anerkannte Verzicht nicht unter Umständen zu vom Gesetze kaum gewollten Inkonvenienzen führen sollte

So gut wie der Beklagte kann auch der Kläger an diesem Verzichte Interesse haben. Er erhebt nun, nachdem Beklagter den Verzicht geleistet, vor dem ordentlichen Richter — nach Reatz also

im Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung — Klage, das Gericht lehnt jedoch, wozu es befugt ist, die Sachverhandlung und -Entscheidung ab. Derselbe Vorgang wiederholt sich vor den anderen ordentlichen fora des Beklagten und dem Kläger bleibt nichts anderes übrig, als nun doch im privilegirten forum zu klagen. Der Verzicht des Beklagten ist in diesem Falle wertlos.

Die praktische Wirksamkeit des Verzichts auf das privilegium fori wäre demnach in concreto bedingt gewesen durch das non dissentire des ordentlichen — weil (nach Reatz) prorogirten — Gerichts; ein Ergebnis, welches mit dem in l. 29 als regula iuris antiqui aufgestellten Grundsatze: „omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renuntiare“ schwer in Einklang zu bringen ist.

Soll der Verzicht des privilegiatus auf seinen Sondergerichtsstand in allen Fällen vernünftige Wirkung haben — und dies Verlangen ist angesichts der ebenerwähnten l. 29 nicht unbillig —, so darf in demselben eine Prorogationsvereinbarung nicht gefunden werden.

Unhaltbar erscheint sodann der Satz, dass wenn eine privilegirte Person auf ihren privilegirten Gerichtsstand aussergerichtlich verzichte, ihre Absicht darauf gerichtet sei, einem „gemeinen gesetzlich inkompetenten“ Gerichte sich zu unterwerfen.

Gesetzt, es werde die Zuständigkeit des ordentlichen Richters durch das Gerichtsstandsprivilegium zerstört, so mag es im Einzelfalle nahe liegen, bei Abschluss des Verzichtsvertrags an Unterwerfung unter den ordentlichen Richter zu denken — im Vertrage hat diese Absicht der Parteien Ausdruck nicht gefunden.

Solange aber dies nicht behauptet werden kann, ist keine Berechtigung vorhanden, eine Vereinbarung des bezeichneten Inhalts als existent anzunehmen. Mit demselben Rechte könnte, je nach Bedarf, angenommen werden, dass die Parteien die Absicht hatten, sich jedem anderen Gericht zu unterwerfen oder dass sie an die Unterwerfung unter ein oder mehrere bestimmte Gerichte überhaupt nicht dachten.

Der Verzicht auf ein privilegium fori und die positive Unterwerfung unter den imkompetenten Richter sind übrigens auch rechtlich so verschiedene Dinge, dass es — zumal bei der Vielheit möglicher im Verzichtsvertrag sammt und sonders nicht ausgedrückter Unterwerfungsabsichten — ungerechtfertigt ist, aus dem Vorhandensein des ersteren auf eine bestimmte Unterwerfungsabsicht als das

„minimum“ denkbaren Parteiwillens zu schliessen. Wenn ausser dem unmittelbar Ausgedrückten ein Weiteres in dem Verzichtsvertrag gefunden werden kann, so ist es das, dass die Parteien die Geltung der allgemeinen Kompetenznormen anerkennen wollten. Der dahin gehende Parteiwille wäre jedoch unerheblich, denn die beabsichtigte Folge tritt von selbst ein.

Die Auffassung Reatz' trägt somit in l. 29 etwas hinein, was darin keinen — auch nur stillschweigenden — Ausdruck gefunden hat, folgeweise nicht darin liegt.

2. Deybeck geht davon aus, dass einem privilegiatus gegenüber der iudex ordinarius den Zwang zur aktiven oder passiven Beteiligung am Prozess nicht ausüben könne, und das gerade sei die Negation seiner Zuständigkeit. Allein der Mangel an Zwangsbefugnis in eben bezeichnetem Sinne kann ebensogut in einer die Zuständigkeitsfrage gar nicht berührenden besonderen gesetzlichen Vorschrift, wie in der Unzuständigkeit selbst begründet sein, und dies trifft im Falle des Gerichtsstandsprivilegiums in der That zu.

Ueberdies ist die Zwangsbefugnis dem privilegiatus gegenüber nicht aus der Welt geschafft, sie ist in ihrer Wirksamkeit durch das privilegium nur gehemmt, und zwar tritt auch diese Wirkung erst ein mit dem Augenblick, wo der privilegiatus seinen Willen, vom privilegium Gebrauch zu machen, in concreto erklärt hat, und sie dauert nur so lange, als er nicht diese seine Willenserklärung widerruft. Geschieht dies, so lebt auch die Zwangsbefugnis des iudex ordinarius sofort von selbst wieder auf.

Resultat ist: Der aussergerichtliche Unterwerfungsvertrag ist in l. 29 (l. 50) nicht berührt. Es hat in dieser Richtung bei dem bisherigen Recht (l. 18 D. 2, 1) sein Bewenden.[1])

[1]) So nam. Glück Bd. 3 S. 214 ff.; Wetzell S. 480 Note 30; Bülow im Archiv Bd. 64 S. 70 Noten 41, 42; Wach, Handbuch Bd. 1 S. 500, s. das. auch Note 26; derselbe im Archiv Bd. 62 S. 384, 385; Planck, Lehrbuch Bd. 1 S. 78, 79 u. Note 6 daselbst; Adam S. 41—48; Menzinger S. 34—38. Entgegengesetzter Ansicht sind ausser cit. Reatz u. Deybeck nam. Brackenhöft, Erörterungen S. 266 f.; Bethmann-Hollweg, Handbuch Bd. 2 S. 120 Note 15; Renaud, Lehrb. des gemeinen deutschen Civilprozessrechts S. 95 Z. 1; Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentl. Civilprozess, 8. Aufl. S. 235; Birkmeyer, das gegenseitige Verhältnis der §§ 38 ff. u. § 247 Z. 1 u. Abs. 3 der R.C.P.O. Weitere Vertreter der einen und anderen Ansicht bei Deybeck S. 36. — Ueber die ältere Literatur vgl. Reatz S. 120—127, 141—164; Deybeck S. 33—35.

Am Abschluss der römischen Rechtsentwicklung bilden folgende Sätze den Kern der Lehre:

I. Ausserprozessuale und aussergerichtliche Prorogation ist wirkungslos; giltig ist der aussergerichtliche Verzicht auf ein Gerichtsstandsprivilegium.

II. Jeder Irrtum über die Gerichtsunterworfenheit des Bekl. – auf klägerischer oder beklagtischer Seite – schliesst wirksame Prorogation aus.

III. Konsens des Gerichts ist nicht erforderlich; „sein Wille relevirt jedoch als Ablehnungswille".

IV. Die Berücksichtigung des Kompetenzpunktes, sei es von Amtswegen oder auf Parteienanregung, ist nur möglich bis zum Momente der litiscontestatio Der einmal bis zur litiscontestatio gediehene Rechtsstreit muss in demselben forum sachlich erledigt werden.

V. Diese Wirkung hat die litiscontestatio, gleichviel aus welchem Grunde die Erhebung des Inkompetenzeinwandes unterblieb. Restitution wegen Irrtums findet nicht statt.

VI. Die litiscontestatio als solche wirkt nicht Kompetenz. Anfechtung der trotz Unzuständigkeit ergangenen und desshalb nichtigen Sentenz ist in besonderem Verfahren möglich; die Nichtigkeit ist übrigens auch durch nachherige Parteienübereinkunft heilbar.

Zweiter Teil.

§ 4. Weitere Entwicklung in Italien und Deutschand.[1])

Mehrere Jahrhunderte lang, bis zur Erlassung der constitutio pastoralis (durch Papst Innocenz III. 1198—1216), hat keine Gesetzgebung an den Sätzen des römischen Rechts etwas geändert. Umsomehr war die Wissenschaft, offenbar in gutem Glauben an richtige Auslegung römischen Rechts, bemüht, einer bisher nicht gekannten Auffassung von der rechtlichen Natur des Inkompetenzeinwandes und demgemäss von Inhalt und Wirkung der litiscontestatio zur Anerkennung zu verhelfen. Sie hat damit zu einer bis in die neuere Zeit andauernden Verwirrung der Ansichten über die Behandlung der Kompetenzfrage im römischen Civilprozess den Grund gelegt und ist in ihrer weiteren Entwicklung wohl auch nicht ohne Einfluss auf neuere Gesetzgebungen gewesen. Falsch aufgefasst wurde vor allem das Wesen der sog. Inkompetenzeinrede im römischen Recht.

Eine dilatorische, der Unzuständigkeit des Gerichts (magistratus) entnommene Einrede, exceptio im technischen Sinne, hat das römische Recht nie gekannt.[2]) Nirgends findet sich eine Spur davon, dass die Zuständigkeitsfrage gleich anderen rein prozessdilatorisch wirkenden Momenten als exceptio oder praescriptio in der formula des klassischen Prozesses berücksichtigt worden wäre.

Aus mehrfachen Quellenstellen, welche die Nichtigkeit der vom unzuständigen Richter erlassenen Sentenz aussprechen,[3]) erhellt direkt die Grundlosigkeit der Auffassung des Inkompetenzeinwands als Prozessdilatorie. Denn war er dies und nur dies, so war auch die einzige Folge seiner nichtrechtzeitigen Vorbringung die Präklusion. Dass in Wirklichkeit letzteres nicht der Fall, die Sentenz

[1]) Vgl. über diese Entwicklung die Schilderung bei Deybeck S. 105—115, Adam S. 58—102.

[2]) Vgl. hierüber u. z. Folgenden Bülow, die Prozesseinreden S. 85—126.

[3]) Zu vergl. die Citate bei Bülow, die Prozesseinreden S. 90—91 Note 21.

des unzuständigen Richters vielmehr — wenn auch heilbar — nichtig war, beweist das Gegenteil: die Zuständigkeit im römischen Prozess ist die Giltigkeit des Verfahrens bedingende Prozessvoraussetzung. Darum konnte und musste auch die Unzuständigkeit, solange es mit Rücksicht auf l. 30 D. 5, 1 angieng, von Amtswegen gerügt werden.[1]) Der Nichtigkeit der Procedur vorzubeugen, liegt nicht minder im Interesse des Staates als der Parteien.[2])

Ueberdies hat Bülow[3]) überzeugend nachgewiesen, dass es im römischen Recht nur materiell-rechtliche Dilatorien gegeben hat.

Gleichwohl behandeln im Anschlusse an l. 12, 13 cod. 8, 35 und l. 19 cod. 4, 19, lediglich römisches Recht interpretirende Glossatoren den Inkompetenzeinwand als dilatoria exceptio oder stellen ihn wenigstens hinsichtlich seiner prozessualen Behandlung als fori praescriptio auf eine Linie mit den dilatorischen Exceptionen.

Auch das kanonische Recht bezeichnet im decretum Gratiani (c. 2 c. 3 qu. 6) die „exceptio fori“ ausdrücklich als „dilatoria“.

Von dieser Auffassung aus, welche nach damals herrschender Ueberzeugung rein römisches Recht wiedergab und darum allseitiger Anerkennung sich erfreut zu haben scheint, gelangte man leicht, ja fast mit Notwendigkeit, zu der weiteren, dass die Versäumung der Prozessdilatorie die Inkompetenz heile, Kompetenz wirke.

Zwar die Glossatoren (und auch das kanonische Recht) haben diese Konsequenz noch nicht gezogen; sie war zu wenig vereinbar mit den Quellenstellen, welche — trotz erfolgter Präklusion des Unzuständigkeitseinwands — die Nichtigkeit des vom incompetens iudex erlassenen Urteils statuiren.

Erstmals findet sich diese Ansicht vertreten bei Tancredus Bononiensis (1185—1234 oder 1236) ordo iudiciarius P. IV. tit. 1 § 3 [4]) Geklärt scheinen die Meinungen über diesen Punkt zu

---

[1]) Natürlich sowohl im kontradiktorischen Verfahren wie im Versäumnisfall; s. Adam S. 26—29.

[2]) Vgl. Adam S. 14. 15.

[3]) Die Prozesseinreden S. 12 ff., 72 ff., 109 ff., namentlich 257 ff.

[4]) Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine edidit Bergmann S. 270.

Tancred's Zeit noch keineswegs gewesen zu sein; die verschiedenen partes des ordo iudiciarius enthalten nicht zu vereinigende Widersprüche.

Die erwähnte Stelle bei Tancred lautet:

. . . . „si vero iudex habet iurisdictionem super re, de qua sententiam profert, licet ante litem contestatam potuisset per exceptionem eius iurisdictio declinari, si tamen lite coram eo contestata sententiam tulerit, valida est . . . .“

Sie bedeutet vollständigen Bruch mit dem römischen Satze von der Nichtigkeit der Sentenz des unzuständigen Richters: Versäumung des Inkompetenzeinwandes vor dem Zeitpunkt der Litiskontestation und die letztere selbst wirken Giltigkeit des Verfahrens sammt Sentenz, also Zuständigkeit; denn ohne diese ist „valida sententia“ nicht denkbar. Tancred stellt sich mit diesen Worten auf den Boden der reinen Litiskontestationstheorie: die vorbehaltlose Verhandlung zur Hauptsache als solche, ohne jeden Zusammenhang mit der Gerichtsstands-Vereinbarung, soll Zuständigkeit begründen.

Unmittelbar vorher[1]), im nemlichen § 3, heisst es bei Tancred: . . . . „et est sciendum, quod non competens iudex dicitur . . . . si (partes) consentiant per metum vel per errorem“ . . . .

Zu vereinigen sind beide Stellen nicht, ausser man versteht mit Deybeck[2]) die erstere ausschliesslich von den Fällen des verschuldeten (unentschuldbaren), die letztere ausschliesslich von den Fällen des unverschuldeten (entschuldbaren) Irrtums. Welcher Irrtum Berücksichtigung finde und welcher nicht, war schon unter den Glossatoren nicht unbestritten.[3]) Die einen beharren auf dem rein römischen Standpunkt; die anderen weichen teils mehr teils weniger ab, indem sie in oft willkürlicher Weise zwischen den verschiedenen Arten des Irrtums unterscheiden.

P. II tit. 5 § 1 s. f. sagt Tancred[4]) . . . . „item nota, quod

1) Vgl. dazu Birkmeyer, das Verhältnis S. 57, 58.

2) S. 108.

3) Vgl. Deybeck S. 105, 106.

4) Bei Bergmann S. 142.

duae dilatoriarum exceptionum, quae ante litem contestatam proponendae sunt . . . . etiam post sententiam proponi possunt sc. falsi procuratoris et iudicis non sui, quia tale iudicium nullum est."

Auch um diese Stelle mit der erstgenannten zu vereinigen, muss man zu der eben erwähnten Deybeck'schen Unterscheidung (zwischen verschuldetem und unverschuldetem Irrtum) greifen.

U. E. ist der Vorwurf mangelnder Klarheit der Darstellung Tancred's nicht zu ersparen: in den beiden letzteren Stellen referirt er römisches Recht; in der Stelle „si vero iudex" berichtet er von einer schon damals sich regenden abweichenden Rechtsanschauung, offenbar ohne sich dieses Gegensatzes voll bewusst zu sein.

Der Grundgedanke dieser neuen Anschauung ist nach Wach[1]) folgender:

„Die vorbehaltlose Einlassung auf die Klage ist nicht mehr konkludentes Faktum für den Prorogationswillen. Nicht mehr ist die freiwillige Unterwerfung die Quelle der Kompetenz. Die Einrede der Inkompetenz ist ein prozessualischer Verteidigungsgrund, dessen Gebrauch ähnlich der sog. exceptio iudicis suspecti an eine bestimmte Zeitfrist gebunden ist, dessen Verschweigen die mangelnde Prozessvoraussetzung herstellt und dessen unverschuldete Versäumnis nur durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wieder ausgeglichen werden kann." Unverkennbar ist hier der Einfluss der Auffassung des Inkompetenzeinwands als Prozessdilatorie.

Von dieser Wiedereinsetzung handelt die oben erwähnte constitutio pastoralis: sie gewährt, abweichend vom römischen Recht, gegen den Verlust intra certum tempus a iudice assignatum nicht geltend gemachter „dilatorischer Prozess-Einreden" Restitution, wenn der Beklagte nicht im Stande war, sie intra tempus vorzubringen, sei es, dass dieselben erst nachher entstanden oder dass sie dem Beklagten, was dieser zu beschwören hat, erst nachher bekannt geworden sind. Ausserdem soll nachherige Ausführung „dilatorischer Prozesseinreden" dann zulässig sein, wenn dieselben durch intra tempus geschehene Ankündigung gewahrt wurden.

Die Konstruktion der aus der vorbehaltlosen Einlassung her-

[1]) Im Archiv Bd. 62 S. 378.

geleiteten Kompetenz ist bei den verschiedenen italienischen Schriftstellern dieselbe.

Uebereinstimmend wird vermöge einfacher, durch den Beweis relevanten Irrtums entkräftbarer Präsumption[1]) angenommen, dass, soweit Prorogation zulässig, in der Litiskontestation die stillschweigende Erklärung des consensus in iudicem enthalten sei.[2]) Anders nur Tancred, soweit er von der erwähnten abweichenden Rechtsanschauung berichtet, und Odofredus ad legem ult. cod. de exceptionibus et praescriptionibus, nach welch letzterer Stelle Zuständigkeit ausnahmsweise auch dadurch entstand, dass ein malitiosus iudex für den Beklagten interloquirte und diesem so die Einrede der Unzuständigkeit abschnitt.[3]) Im Uebrigen stehen aber auch Tancred und Odofredus auf dem Boden der Konsenstheorie.

Schon bei Gratia und Tancred, sowie später bei Durantis, Bartolus und Maranta[4]) findet sich übrigens die Meinung, dass

---

[1]) Bartolus ad l. 15 D. 2, 1 . . . . „error iuris nullo modo inducit prorogationem iurisdictionis"; Maranta aurea praxis P. 4 dist. 12 § 21: „quarto limita, non procedere illud, quod dicitur de tacita prorogatione, quando intervenerit error in prorogatione, quia error impedit eam fieri" . . . .

[2]) Z. B. Bartolus ad l. 18 D. 2, 1: . . . . „et sic duo modis consentitur in iudicem, vel contestando litem vel . . ."; Maranta a. a. O. § 11: „scias tamen . . . . quod prorogatio iurisdictionis potest fieri expresse et tacite . . . . tacite . . . . fit prorogatio, quando quis patitur se conveniri coram iudice incompetenti, et non declinat eius forum."

[3]) . . . . — „quod faciunt malitiosi iudices, qui interloquuntur pro reo, ut non possit forum declinare et ideo cautum est consilium, ut statim oblato libello reus opponat declinatorias exceptiones, vel si ferantur pro reo non approbet eas" . . . .

[4]) Gratia (bei Bergmann S. 352) P. 1 tit. 9 de exc. § 3: . . . . „et sic facit eum iudicem quodammodo et primae exceptioni, sc. recusationis, quasi tacite videtur renuntiare, quia cum procedit coram iudice, cuius iudicium declinare intendit, facit sibi praeiudicium consentiendo in eum . . . ." (vgl. das bei Deybeck S. 111 auf das Citat dieser Stelle Folgende); Tancred P. 2 tit. 5 § 1: . . . „si hanc (die Inkompetenzeinrede) dimittit et accedit ad alias, in iurisdictionem iudicis consentire videtur, unde ad hoc beneficium postea redire non poterit . . ."; Durantis speculum iudiciale P. 2 de exc. et repl.: . . . . „porro in proponendo declinatorias iudicii diligens advocatus hunc ordinem observabit, ut si qua re ex ipsa iurisdictione competit, illam prius proponat, puta non es iudex meus . . . . nam si ea omissa et accederetur ad alias, in iurisdictionem iudicis consentire videretur . . . . sic proponens alias exceptiones videretur eum facere

nicht erst die vorbehaltlose Einlassung auf die Hauptsache, sondern schon der Gebrauch anderer prozessablehnender Einreden den Inkompetenzeinwand präkludire. Diese Ansicht verlangt Geltendmachung der Inkompetenzeinrede an erster Stelle nicht blos den materiell-dilatorischen, sondern auch den prozessablehnenden Einreden gegenüber, und enthält eine Verschärfung des in der constitutio pastoralis erstmals aufgestellten Eventualprinzips; sie verlegt die Präklusion der Unzuständigkeitseinrede vor den Zeitpunkt der Litiskontestation.

Die genannten Schriftsteller statten auch diesen Thatbestand vermöge derselben Präsumption, d. h. ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarung, mit Kompetenzwirkung aus: stillschweigende Konsenserklärung soll regelmässig schon darin liegen, dass dem Richter die Entscheidung einer Prozessdilatorie anvertraut wurde.

c. 20 X. 2, 27,[1]) und Gratia[2]) rechtfertigen die Präklusion der Inkompetenzeinrede durch Annahme beklagtischen Verzichtes. Da aber wirklicher Verzicht (und darin liegende Prorogation) nur vorhanden sein kann, wenn der Beklagte von dem Mangel der Gerichtsunterworfenheit Kenntnis hat, so muss auch die Vermutung des Verzichts entkräftbar sein durch den Beweis relevanten Irrtums wenigstens des Beklagten.

Die italienischen Schriftsteller, abgesehen von den beiden Berichten bei Tancred und Odofredus, sind sonach Anhänger der sog. Quasikontraktstheorie, welche einen Thatbestand, der Konsens-

---

iudicem in decidendo . . . . . ." Maranta a. a. O. § 11: „. . . . . sed veritas est illa, quam tenet ibi Bartolus scilicet, quod si quidem conventus opponit aliquam exceptionem dilatoriam ante litis contestationem, quia tunc per talem exceptionem videtur provocare iudicem, ut super ea pronunciet, ac censetur eo ipso in iudicem consentire nec exspectatur litiscontestatio. si vero non opponit exceptionem aliquam, tunc requiritur litiscontestatio . .", derselbe P. 6 tit. de exc. § 1: „. . . et ratio est, quia si alia prius opponeretur, censetur opponens interpellare iudicem, ut super alia pronunciet, et sic induceretur consensus in iudicem seu prorogatio, et non posset ulterius declinari vel recusari . . . ."

[1]) „. . . . quas enim tanquam dilatorias ante litis ingressum opponere debuissent, quibus coram delegatis eisdem subeundo iudicium renunciasse videntur . . . ." vgl. hierzu auch Deybeck S. 109 Note 2.

[2]) Vgl. die Note 70 citirte Stelle.

thatbestand wohl sein kann, aber durchaus nicht immer ist, unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarung auffasst und so Kompetenz wirken lässt.

Mit Reception des römischen Rechts gewann in Deutschland naturgemäss auch die italienische Prozessrechtswissenschaft Beachtung und Einfluss. Herübergenommen wurde die Auffassung der Sacheinlassung als konkludenten Aktes für Vorhandensein und Erklärung beklagtischen Prorogationswillens in dem soeben erörterten Sinne; nicht herübergenommen wurde die Ansicht, dass schon das Vorbringen anderer Foridеklinatorien die Inkompetenzeinrede präkludire.[1])

Abgesehen von der Wormser Reformation 1498 hat die ältere deutsche Gesetzgebung, wie es scheint, geschwiegen zu der Frage, ob die Litiskontestation als solche oder nur als für den Prorogationswillen konkludentes Faktum Kompetenz wirke. Die Wormser Reformation[2]) hat die Frage bejaht; ihr haben sich angeschlossen die bei Wach, Archiv Band 62 Seite 378, 379 citirten Chilian König[3]) und Justinus Gobler.[4]) Andere ältere deutsche

[1]) Vgl. Wach im Archiv Bd. 62 S. 376.

[2]) Buch 3 Teil 2 tit 4: „So ein beklagter vor einem Richter oder Gericht meyndt nit schuldig zu sein zu recht zu stehen: und desshalb ausziehen oder für seinen ordentlichen Richter fordern will. Das sölle er thun vor bevestigung des krieges, ehe er etwas antwort oder richtlichen handelt. Dann nach gethaner antwort oder bevestigung des kriegs hatt dieser Auszug nit statt, ob der auch durch irrung oder unwissenheit underlassen were. — auch hat disc exception nit mer statt, so vor der antwort oder bevestigung des krieges etwas zufalles richtlich gehandelt oder ein Vorurteil gangen."

[3]) Prozess, Practica und Gerichtsordnung cap. 42 I: „. . . . diese exception oder wehre, wider den Richter, das er Richter nicht gesein kan, die sol und muss vor der bevestunge des krieges und also vor bestalter gewehre und antwort dess beklagten fürgewendet werden . . . . ja sie sol die erste sein, die vor dem Gericht geschicht . . . . denn wo eine andere fürgebracht, so kan man zu dieser wehre nicht mehr kommen . . . . denn damit bewilliget einer in den Richter, das er ihn, als Richter, nicht mehr verachten kan"; derselbe cap. 61 I: „Die wirkung der befestung des krieges ist mancherley, denn wenn der beklagte zu der klage des klägers antwortet, so nimpt er über sich den gerichtszwang des Richters, wo er auch gleich sein bequemer Richter nicht ist, so kann er ihn denn zu seinem Richter nicht verwerffen."

[4]) Im „gerichtlich Prozess". Nachdem Gobler im 1. Teil in dem Titel „von gerichtlichen Auszügen" die oben citirte Wormser Reformation wörtlich wiederholt hat, fährt er im nemlichen Teil, in dem Titel über „Kriegsbefestigung,

Schriftsteller[1]) finden vermöge dogmatischer Fiktion in der litiscontestatio eine Prorogation und lassen dieselbe, offenbar ohne jegliche Rücksicht auf etwaigen Parteiirrtum, Kompetenz wirken.

In den gemeinrechtlichen Quellen findet diese Ansicht keine Begründung. Sie hat, wie schon oben gezeigt, ihren Ursprung in missverständlicher Auslegung römischen Rechts: in der Auffassung des Inkompetenzeinwandes als Prozessdilatorie. Die Zurückführung der Kompetenzwirkung auf die Prorogation entsprang lediglich dem Bedürfnisse der Theorie nach Aufrechterhaltung des thatsächlich zerstörten Zusammenhanges mit dem falsch verstandenen röm. Rechte.

litis contestatio" fort: „. . . . Wirklichkeit der Kriegsbefestigung ist gross und mancherley, als erstlich, dass nach derselbigen der Richter nicht mag verworffen werden . . . . der Beklagt wird dem Richter underworffen und wird behafft dem Kläger." — Sodann im 2. Teil Titel über „Antwort und Kriegsbefestigung": „. . . . die Wirkung der Befestigung des Krieges ist mancherley . . . . dann wann der Beklagte zu der Klage des Klägers antwortt, so nimpt er über sich den Gerichtszwang des Richters, wo er auch gleich sein bequemer Richter nicht ist, so kann er ihn denn zu seinem Richter nicht verwerffen."

[1]) Berlich conclusiones practicabiles, conclusio 4 § 28: „. . . . extra omnem controversiam est, si reus coram iudice compareat et omissa exceptione incompetentiae aliam exceptionem dilatoriam opponit, quod per hoc in iudicem consensisse et eius iurisdictionem prorogasse dicatur"; Zanger tractatus de exceptionibus § 83: „. . . . iudicio coepto seu lite contestata quis obligatur instantiae adeo, ut ab ea discedere non possit . . . ." § 84: „. . . . cum aliarum exceptionum diversus finis sit atque fori declinatoriae, ideo inde, quod super aliis iudex pronunciaverit, non recte infertur in eum iudicem ita consensisse videri eum hoc casu, ut deinceps declinatoria fori uti non possit"; Carpzow processus iuris tit. 9 art. 2 § 2: „ubi inprimis et ante omnia observandum est, exceptionem hancce (declinatoriam) perinde ut alias declinatorias primo statim in termino opponi debere, si reus illam perdere nolit"; daselbst § 7: „si reus primo in termino exceptionem fori declinatoriam neglexerit, sistendo se coram iudice incompetente, in iurisdictionem iudicis consentire et exceptioni declinatoriae renunciare censetur, quare termino sequenti ad defensionem hanc reverti nequit"; derselbe tit. 10 art. 2 § 2: „. . . . quod per hanc (sc. litiscontestationem) reus constestetur, se cum actore non modo litem suscepturum, sed etiam susceptam prosecuturum esse; unde in iudicio non minus quam stipulatione contrahitur vel quasi contrahitur"; Voet comm. ad Pand. II 1 § 18: „. . . lege scilicet . . . . supplente defectum consensus ad prorogationem requisiti, in quantum fingit ac concipit, iudicio quasi contrahi, atque ita ex ipso facto litis contestationis consensum intercessisse: eo modo, quo et in ceteris quasi contractibus ius consensum naturaliter deficientem subfuisse fingit . . . . indubitatum utique est, lite semel contestata, non posse amplius ab uno litigantium declinari

So wie sie äusserlich sich zeigt, erscheint die Lehre als Kontraktstheorie in dem Sinne, „dass die litiscontestatio in der That zugleich Vereinbarung über den Gerichtsstand sei.“[1]) Wegen ihres offenbaren Gegensatzes zu der Wirklichkeit ist jedoch diese Konstruktion zurückzuweisen. In Wahrheit liegt jener Theorie der Satz zu Grunde, dass die Litiskontestation als solche und unabhängig von der Beschaffenheit des Parteiwillens Kompetenz wirke — Litiskontestationstheorie im engeren Sinne. Da aber für die kompetenzwirkende Kraft der Litiskontestation als solcher, für einen Gerichtsstand der Litiskontestation — ihn statuirt in der That die Wormser Reformation und nehmen König und Gobler an — sich kein weiterer Akt der Gesetzgebung ausgesprochen zu haben scheint und auch eine gewohnheitsrechtliche Bildung in dieser Richtung sich nicht erkennen lässt, so ist auch diese These abzuweisen in dem Sinne, dass dieselbe als Bestandteil des in Deutschland geltenden gemeinen Rechts nicht anerkannt zu werden vermag

iurisdictionem illius, apud quem istac ratione iudicium coeptum est . . . . et declinatorias exceptiones ipsamque fori praescriptionem ante litem contestatam in principio, atque inter ipsa litis exordia, opponi opportere, legum decrevit auctoritas, nulla inter scientes errantesque distinctione adhibita“; daselbst § 19: „. . . . de prioribus asserimus, id facere litis contestationem ex errore factam, quod alias ante litem contestatam fecisset solus ligitantium non errantium expressus aut facto aditionis declaratus consensus; nec dici potest incompetens, nisi qui nec ex prorogatione competens est.“ — Ebenfalls auf dem Boden der Quasicontraktstheorie, aber offenbar im Sinne der bei Wach, Archiv Bd. 62 S. 376 erwähnten „abwegigen Lehre“ steht Andreas Mylius dissertatio de inveniendis et obiiciendis exceptionibus: „. . . . alias (d. h. wenn bei vorhandenem Zweifel über die Kompetenz incompetentia non allegatur) tacite in iudicem consensisse eiusque iurisdictionem prorogasse censetur nec postea ad istam exceptionem datur amplius regressus. . . . . ad quod sola omissio fori praescriptionis sufficit, licet lis nondum contestata fuerit.“ — Aehnlich wie die genannten Schriftsteller, jedoch ohne bestimmt erkennen zu lassen, ob und inwieweit sie den Parteiirrtum berücksichtigt wissen wollen, äussern sich: Joh. Harpprecht tractatus de processu iudiciario decas 2 Abschnitt 10 und decas 7 Abschnitt 9; Andr. Gaill observationes practicae liber I observatio 33 §§ 10, 11, observatio 74 §§ 2 ff.; Herm. Vultejus tractatus de iudiciis liber III cap. I de litis contestatione. Andere dagegen, wie z. B. Johann Brunnemann tractatus iuridicus de processu cap. VII, lassen Kompetenz nicht eintreten, wenn reus ex errore non animo prorogandi, respondet.

[1]) Vgl. Deybeck S. 112.

In der neueren gemeinrechtlichen Doktrin hat denn auch überwiegende Anerkennung wieder gefunden die quellenmässige Auffassung, nach welcher die Litiskontestation nicht ohne Weiteres Prorogationsthatbestand ist und Kompetenz schafft, sondern nur insoweit, als sie vorbehältlich des Beweises relevanten Irrtums Konkludenz besitzt.[1])

Es muss daher für das gemeine Recht am Abschlusse seiner Entwicklung die Frage, „ob Nichtigkeit auch dann Platz greife, wenn der Beklagte, ohne die Inkompetenzeinrede vorzuschützen, in verschuldetem oder unverschuldetem Irrtum über die Kompetenz sich eingelassen hat", mit Deybeck[2]) S. 115 bejaht werden.

Erst neuere deutsche Partikulargesetzgebungen und ihnen folgend die C.-P.-O. haben dem Schwanken der Wissenschaft und Rechtsprechung ein Ende gemacht, indem sie bestimmten, dass, soweit Prorogation zulässig, nach vorbehaltloser Einlassung des Beklagten zur Hauptsache der sonst relevante Parteiirrtum nicht mehr in Betracht komme. Uebereinstimmend haben sie vermöge einer Fiktion die neue Kompetenznorm unter das Prinzip der Vereinbarung gestellt.[3])

[1]) Eine eigenartige, im Resultat übrigens mit der herrschenden Lehre im Einklang stehende Konstruktion bei Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 2. Aufl. S. 230.

[2]) A. M. sind die daselbst Citirten: Martin, Bayer, Linde, Bolgiano.

[3]) Vgl. die sehr eingehenden Zusammenstellungen der einschlägigen Bestimmungen der deutschen Particulargesetze; sowie des code de procédure civile bei Deybeck S. 115—127 und Adam S. 102—151; s. auch Wach im Archiv Bd. 62 S. 379, 381.

Dritter Teil.

Das Recht der C.-P.-O. für das deutsche Reich.

§. 5. Allgemeines. — Der Gerichtsstand der Vereinbarung im engeren Sinne.

I. Während im Uebrigen die C.-P.-O. mit der sachlichen Zuständigkeit sich nicht beschäftigt, die Regelung dieser Materie vielmehr dem G.-V.-G. überlassen hat, bezieht sich der von der „Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte" handelnde 3. Titel derselben gleichmässig auf die räumliche und sachliche Kompetenz. Durch Anerkennung der Parteiendisposition auf dem Gebiete der letzteren gestattet der Gesetzgeber eine Verschiebung der Instanzenordnung insoweit, als nicht Vorschriften des Inhalts, dass Gerichte bestimmter Art ausschliesslich mit Erledigung von Rechtsmitteln sich zu befassen haben, im Wege stehen — § 38 verbis: „Gericht erster Instanz."

[1]) Die §§ 38—40 regeln die Lehre von der Vereinbarung über die Zuständigkeit ausschliessend, erschöpfend; sie sind nach beliebter Wendung „sedes materiae."[2]) Aus ihnen allein sind daher die Erfordernisse wirksamer Parteiendisposition über die Kompetenzfrage, deren Grenzen, Folgen, sowie das jeweils Kompetenz wirkende Prinzip zu entnehmen.

Bezüglich des letzteren mag schon hier bemerkt werden: Der leitende Gesichtspunkt, unter welchem die in §§ 38 ff. als kompetenzwirkend anerkannten Thatbestände zu betrachten sind und welcher folgeweise auch für die zu ziehenden Konsequenzen den

---

1) Zum Folgenden vgl. die Kommentare zur C.P.O. von: Gaupp 2. Aufl. Bd. 1 S 89—95; Seuffert 5. Aufl. S. 50—54; Wilmowsky-Levy 5. Aufl. S. 69 bis 75; Struckmann-Koch 5. Aufl. S. 37—40; Petersen 2. Aufl. S. 64—68.

2) So v. Amsberg im Archiv Bd. 65 S. 78; Just daselbst Bd. 68 S. 268.

Massstab abgibt, ist nach ausdrücklicher, nicht zu umgehender Gesetzesweisung der der Vereinbarung.

Jeder für sich betrachtet sind, wie nicht zu verkennen, die Thatbestände der §§ 38 und 39 allerdings grundverschieden: der eine ist schon an sich stets wirklicher, weil auf Parteienkonsens beruhender, Vereinbarungsthatbestand — beim andern kommt die Willensbeschaffenheit des Klägers und Beklagten in keiner Weise in Betracht: gesetzliche Vorschrift stellt ihn jedoch ohne Einschränkung, also doch jedenfalls rücksichtlich sämmtlicher Wirkungen, dem ersteren gleich. Insofern ist auch er zum — fiktiven — Vereinbarungsthatbestand geworden.

Beide Thatbestände haben die gemeinsame gesetzliche Grenze ihrer kompetenzwirkenden Kraft in § 40:

„Die Vereinbarung hat keine rechtliche Wirkung, wenn sie nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.

Die Vereinbarung ist unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft oder wenn für die Klage ein ausschliesslicher Gerichtsstand begründet ist."

Ueber diesen § vgl. die Kommentare zur C.-P.-O., namentlich Gaupp, Band I S. 95; s. auch Deybeck S. 24 ff., 87 f.

Aus E. G. zur C.-P.-O. § 3 Abs 1 vgl. mit C.-P.-O. § 38 folgt ferner, dass Gegenstand wirksamer durch C.-P.-O. geregelter Prorogation nur sein können die den ordentlichen deutschen Civilgerichten zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten, sowie dass nur die Vereinbarung auf solche Gerichte erster Instanz — Amts- und Landgericht — unter den Normen der §§ 38 ff. steht.

Ausgeschlossen von diesen Bestimmungen ist daher, von der Prorogation auf einen Privatus ganz abgesehen, die Vereinbarung auf die reichsgesetzlich zugelassenen und landesgesetzlich fakultativ eingeführten besonderen Gerichte des § 14 G.-V.-G. Niemals können also Rechtssachen, welche an sich vor die ordentlichen Gerichte eines Bundesstaates gehören, durch Vereinbarung einem Sondergerichte überwiesen werden. Ob und inwieweit sondergerichtliche Sachen an die ordentlichen Gerichte gebracht werden können, bestimmt die Landesgesetzgebung.[1]) Denn in der ihr zugewiesenen

[1]) Vgl. Gaupp, Kommentar Bd. 1 S. 90, 91.

Kognition über Einführung oder Nicht-Einführung von Sondergerichten, sowie über Normirung eines von den Bestimmungen der C.-P.-O. abweichenden Verfahrens vor denselben ist auch die Befugnis zur Verfügung über Ausschliesslichkeit oder Nicht-Ausschliesskeit ihrer Kompetenz enthalten.

Innerhalb des durch § 40 umschriebenen Gebietes gestattet die C.-P.-O. die Verschiebung sowohl der räumlichen als der sachlichen Zuständigkeitsgrenzen zwischen Amts- und Landgericht mit einer Massgabe:

Während der Entwurf zum G.-V.-G., „einer neueren, der Errichtung von Handelsgerichten günstigen Zeitströmung" Rechnung tragend, nach dem Vorgang namentlich der französischen Gesetzgebung, selbständige, den Landgerichten koordinirte Handelsgerichte einzuführen gedachte,[1]) kennt das Gesetz selbst bekanntlich nur das Institut fakultativer Kammern für Handelssachen im Sinne „eigentümlich formirter Abteilungen der Landgerichte." Die „Handelsgerichte als selbständige Sondergerichte sind damit beseitigt."[2])

Jedem Landgerichte[3]) — qua Civilgericht — allein wesentlich und darum auch regelmässig die alleinige Trägerin der landgerichtlichen Civilgerichtsgewalt ist die Civilkammer. Wo neben ihr eine Kammer für Handelssachen besteht, sind beide zusammen Träger der landgerichtlichen Kompetenz.[4])

Beide sind zur Entscheidung sämmtlicher vor das Landgericht gehöriger Sachen in gleichem Masse befähigt und befugt, aber nicht in gleichem Masse verpflichtet. Durch gesetzliche Vorschrift sind die landgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten an beide Kammern verteilt, mit der Massgabe, dass wenn an eine derselben eine gesetzlich der andern Kammer zugeteilte Sache verbracht wird, bis zu einem gewissen Prozessstadium beide Kammern auf Antrag des Beklagten, die Kammern für Handelssachen aber auch von Amtswegen,[5])

[1]) Vgl. Motive zu §§ 81 ff. des Entwurfes.

[2]) Vgl. Planck, Lehrbuch Bd. 1 S. 41.

[3]) Vgl. zum Folgenden: G.V.G. §§ 100—106; Wach, Handbuch Bd. 1 S. 357—360, 364—368; Planck, Lehrbuch Bd. 1 S. 40—44; Deybeck S. 20—24.

[4]) Deybeck S. 20.

[5]) G.V.G. § 103 Abs. 2. „Es ist dies der einzige Fall, in dem der Reichsgesetzgeber — zunächst mit Rücksicht auf die besondere Zusammensetzung der Kammer — dem Gerichtsorgan ein Ablehnungsrecht eingeräumt hat." So Deybeck S. 22.

berechtigt sind, die Sache an die andere Kammer zu verweisen. Verweisungs-Antrag und Unzuständigkeits-Einrede haben gemein, dass beide die Befugnis des angegangenen Richters zur Befassung mit der Sache negiren und die Fortsetzung des Prozesses vor diesem Richter zu verhindern bestimmt sind, verschieden sind sie darin, dass die letztere Abweisung der Klage, also Aufhören des Prozesses, der erstere Fortführung desselben — nur vor anderem Richter — anstrebt und, wenn begründet, zur Folge hat. Verschieden sind sie auch darin, dass die Unzuständigkeits-Einrede, wie schon der Name sagt, an den unzuständigen, der Verweisungsantrag an den zuständigen Richter sich wendet. Denn zuständig für alle landgerichtlichen Sachen ist sowohl die Civilkammer als die Kammer für Handelssachen.[1]) Dies folgt daraus, dass das G.-V.-G., welches mit der C.-P.-O. davon ausgeht, es sei nur der zuständige Richter zur Sachverhandlung und -Entscheidung befugt, in den §§ 103—106 von einem gewissen Prozessstadium an jede Kammer zur Befassung mit der an sich vor die andere Kammer gehörigen Sache verpflichtet. Dass mit § 101 G.-V.-G. keine Kompetenznorm geschaffen werden wollte, welche die Unzuständigkeit der Civilkammer für die dort genannten und der Handelssachenkammer für die dort nicht genannten Sachen zur Folge haben würde, geht auch aus dem Wortlaut dieses § hervor; der Ausdruck „zuständig" ist — offenbar absichtlich — vermieden.[2]) Anerkennt man aber, dass § 101 G.-V.-G. keine Kompetenzgrenze zieht, so bleibt nur übrig, dass für sämtliche landgerichtliche Streitigkeiten an sich beide Gerichtsabteilungen kompetent sind, dass jedoch vermöge gesetzlicher Geschäftsverteilungsvorschrift beiden Abteilungen innerhalb ihres Kompetenzgebietes verschiedene Geschäftskreise zugewiesen sind.

Nach dem Ausgeführten ist für eine Prorogation (im technischen Sinne) von der Civil- auf die Handelssachenkammer und umgekehrt kein Raum. Gleichwohl ist dasselbe Resultat wie durch aussergerichtliche Prorogation erreichbar durch Verzicht auf den Verweisungsantrag in concreto, welcher zweifellos insoweit giltig

[1]) „Zuständig ist das Landgericht, nicht die einzelne Kammer desselben" Deybeck S. 20, 21.

[2]) Deybeck S. 21, namentlich Note 1.

und für den Prozess wirksam ist, als die Herbeiführung der Verweisung zur Disposition der Parteien steht.[1])

In welchem Parteiverhalten ein solcher Verzicht gefunden werden kann, ist Thatfrage; er kann enthalten sein in einer von den Parteien im Glauben an die ursprüngliche Unzuständigkeit der Civil- bezw. Handelssachenkammer geschlossenen Prorogationsvereinbarung.

Keinem Anstand dagegen unterliegt in an sich der Handelssachenkammer zugeteilten Sachen die Prorogation auf das Amtsgericht; ebenso umgekehrt in an sich amtsgerichtlichen Sachen die Prorogation auf die Kammer für Handelssachen — vorbehaltlich jedoch im letztern Fall des gerichtlichen Ablehnungsrechts, wenn eine zwar inhaltlich unter eine der Kategorien des G.-V.-G. § 101 fallende, aber wegen zu geringen Streitwertes nicht landgerichtliche Sache vor die Handelssachenkammer gebracht wird. Für diese Annahme spricht ausser dem Wortlaut des G.-V.-G. § 103 Abs. 2 die Erwägung, dass wenn die Kammer für Handelssachen befugt ist, innerhalb der Grenzen ihrer Kompetenz eine Sache von sich zu weisen, sie hierzu um so mehr berechtigt sein muss im Falle ihrer Unzuständigkeit.

Naturgemäss beziehen sich die §§ 38 ff. auf die Gerichte desjenigen Territoriums, für welches die C.-P.-O. erlassen ist, also nur auf deutsche Gerichte. Hieraus folgt jedoch nicht, dass — vom Standpunkt des inländischen Rechts aus — die Prorogation auf ausländische Gerichte unzulässig wäre. Diese Frage ist überhaupt nicht aus §§ 38 ff.,[2]) sondern aus den von der Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile handelnden §§ 660, 661 zu beantworten. Denn zulässig in praktisch verwertbarem Sinne ist die Prorogation auf das Ausland nicht schon dann, wenn den Parteien nicht verboten ist, einen die Anrufung des ausländischen Richters bezielenden, civilrechtlich verpflichtenden Vertrag zu schliessen; auch nicht schon dann, wenn das prorogirte Gericht nach Massgabe des ausländischen Rechts die Befassung mit der

---

1) Vgl. Wach, Handbuch Bd. 1 S. 368; Planck, Lehrbuch Bd. 1 S. 42, 43; Deybeck S. 20—22.

2) Denn in ihnen ist zweifellos nur von deutschen Gerichten die Rede. Vgl. Planck, Lehrbuch Bd. 1 S. 80; Deybeck S. 17.

Sache nicht verweigern darf — erst dann kann vielmehr von zulässiger Prorogation auf ausländische Gerichte mit Fug die Rede sein, wenn das inländische Recht die Vollstreckung des ausländischen Urteils gewährleistet. Denn in der Vollstreckbarkeit äussert sich — von Feststellungsurteilen abgesehen — die eigentliche Kraft des richterlichen Spruches.

Die C.-P.-O. lässt prinzipiell die Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile zu, knüpft dieselbe jedoch an die Bedingung, dass ihre Zulässigkeit durch Vollstreckungsurteil gemäss § 660 ausgesprochen wird, und gestattet die Erlassung des letzteren nur unter einer Reihe negativer Voraussetzungen, § 661. Die hierher interessirende Z. 3 dieses § verbietet die Erlassung des Vollstreckungsurteils, „wenn nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urteilenden deutschen Richters die Gerichte desjenigen Staates nicht zuständig waren, welchem das ausländische Gericht angehört.“ Damit ist nur das Eine gefordert, dass nach den Bestimmungen der C.-P.-O. für die im Ausland abgeurteilte Sache nicht ausschliessliche Zuständigkeit eines inländischen Richters begründet war. In Fällen, wo dies nicht zutrifft, kann daher die Erlassung des Vollstreckungsurteils aus dem Grunde der gen. Z. 3 nicht verweigert werden. Die Frage nach der Statthaftigkeit der Prorogation überhaupt, sowie nach ihrer Wirksamkeit in concreto ist stets nach dem betreffenden ausländischen Recht zu beurteilen. —

Innerhalb der durch § 661 Z. 3 gezogenen Grenze ist also die Prorogation auf den ausländischen Richter nach dem Rechte der C.-P.-O. giltig und wirksam.[1])

II. Mit dem gemeinen (u. römischen) Recht hat die C.-P.-O. namentlich in zweifacher Beziehung gebrochen:

1) Die Parteienvereinbarung hat nicht blos civilrechtliche Folgen, sondern wirkt unmittelbar Zuständigkeit, mag der Wille innerhalb oder ausserhalb des Prozesses, gerichtlich oder ausser-gerichtlich verlautbart sein — l. 18 D. 2, 1 ist aufgehoben.

[1]) Vgl. hierüber Gaupp, Kommentar Bd. 1 S. 91; Seuffert, Kommentar S. 50; Wach, Vorträge S. 228—230; Deybeck S. 17, 18; Entsch. d. R.-G. (in Civilsachen) Bd. 7 S. 406 ff, namentlich 408. A. M. Planck, Lehrbuch Bd. 1 S. 80 und für das frühere Recht Seuffert's Archiv Bd. 16 (alte Folge) S. 411 bis 413; Adam S. 78—81.

2) Aufgehoben ist auch das Ablehnungsrecht des Gerichts; sein Wille relevirt nicht mehr als Ablehnungswille.[1])

III. Die von der C.-P.-O. geforderte Beschaffenheit des Parteiwillens erklärt sich aus dem allgemeinen Vereinbarungsbegriff und die durch die Prorogationsvereinbarung speziell bezweckte Wirkung der Verwandlung eines unzuständigen Gerichts in ein zuständiges, der Kompetenzbegründung. Daraus folgt: Konsens und darum Zustandekommen einer Vereinbarung ist ausgeschlossen bei Obwalten von wesentlichem Irrtum auf klägerischer oder beklagtischer Seite. Wesentliche Punkte aber sind — abgesehen von den bei jedem Vertragsschluss in Betracht kommenden Momenten — jedenfalls die Identität des Gerichts, der Rechtssache und, wenn mehrere aus einem Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeiten in Frage stehen, die Identität des unterliegenden Rechtsverhältnisses. Der Irrtum im Beweggrund ist wiederum entsprechend den allgemeinen Grundsätzen — nur dann von Einfluss, wenn die Richtigkeit der zum Abschluss der Vereinbarung bestimmenden Vorstellung in erkennbarer Weise zur Voraussetzung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts erhoben war.[2])

Aus dem bezweckten Ergebnis der Kompetenzbegründung folgt unmittelbar, dass die Parteien die ursprüngliche Unzuständigkeit des Gerichts kennen oder doch wenigstens bewusst für die Eventualität handeln mussten, dass die Unzuständigkeit des bisher für zuständig gehaltenen Gerichts sich in der Folge herausstelle. Nur dann kann von auf Kompetenzbegründung gerichtetem Parteiwillen die Rede, nur dann kann der Konsens, wie ihn § 38 verlangt, vorhanden sein. Die aus solchem Konsensmangel resultirende Nichtigkeit der Vereinbarung kann bis zur Verwirklichung des unter allen Umständen kompetenzwirkenden Thatbestandes des § 39 geltend gemacht werden.

IV. Die Erklärung des so gearteten Parteiwillens erfolgt im Gegensatz zu manchen früheren Gesetzgebungen formlos, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend durch schlüssiges Verhalten. Welches Parteiverhalten Konkludenz besitzt, ist Thatfrage.

---

[1]) Und selbstverständlich auch nicht als positiver Konstituirungswille. Wach im Archiv Bd. 62 S. 381; Motive zu §§ 38—40.

[2]) Vgl. Windscheid, Pandektenlehrbuch 6. Aufl. Bd. 1 S. 234, 311 ff.

An sich wäre auf beklagtischer Seite vor allem anderen die Einlassung auf die Hauptsache schlüssig: sie kommt jedoch für den Thatbestand des § 38 nicht mehr in Betracht, weil, wenn der Prozess einmal bis zu diesem Stadium gediehen, die Norm des § 39 eingreift — vgl. unten § 6.

V. Bezüglich der Wirkungen der Prorogationsvereinbarung (§ 38) ist zu bemerken:

Die Frage, ob die durch die Vereinbarung geschaffene Kompetenz die Klagzurücknahme überdauert oder nicht, beantwortet sich wie diejenige nach der Ausschliesslichkeit oder Nichtausschliesslichkeit des vereinbarten Gerichtsstands zunächst nach dem Inhalt des Vertrages. Gibt dieser keine Auskunft, so ist betreffs der ersteren Frage von Folgendem auszugehen:

In Ermangelung abweichender Beredung ist gemäss § 40 als gesetzlich zulässiges Minimum anzunehmen, dass die Parteien lediglich für den in Frage stehenden Rechtsstreit haben Kompetenz begründen wollen, ohne anderer aus demselben Rechtsverhältniss möglicherweise entspringender Streitigkeiten überhaupt zu gedenken. Die Antwort muss daher verschieden ausfallen, je nachdem man den durch Klagzurücknahme aus der Welt geschafften und den neuerdings wieder angestrengten Prozess für zwei selbständige Rechtsstreitigkeiten ansieht oder nicht. Vorausgesetzt, dass — vorbehaltlich der gemäss § 240 erlaubten Aenderungen — Petitum und Klagegrund dieselben bleiben, ist der Sache nach der neue Prozess gewiss nur die Erneuerung eines formell abgeschlossenen Verfahrens und eben wegen der Einheit des Klagebegehrens und dessen sachlicher Grundlage ist — materiellrechtlich — nur eine Rechtsstreitigkeit anzunehmen. Die Frage nach der Dauer der durch Parteienvereinbarung erzeugten Kompetenz, so wie die soeben angedeutete, sind aber ausschliesslich prozessualer Natur. Allein entscheidend ist daher der prozessrechtliche Begriff der Rechtsstreitigkeit unter gänzlicher Beiseitelassung ihrer materiellrechtlichen Qualifikation in concreto.

Dieser Begriff wird begrenzt einerseits durch Erhebung der Klage, andererseits durch prozessuale Erledigung des Verfahrens, sei es mittels rechtskräftigen Urteils, Vergleichs, Verjährung der Litispendenz, vereinbarten Abstands vom Prozess oder eines Proce-

durakts wie die Klagzurücknahme, „der alle Wirkungen beseitigt, welche das Prozessrecht und das bürgerliche Recht an die Rechtshängigkeit knüpfen, so dass kraft Gesetzes die Sache in die Lage zurückversetzt wird, in welcher sie sich vor Erhebung der Klage befand.“[1]) Sind jedoch — und dies ist auch der Standpunkt des Gesetzes bezüglich der Klagzurücknahme — durch einen prozessualen Akt die sämmtlichen prozess- und civilrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit aufgehoben, so ist nichts mehr da, woran eine Fortsetzung des früheren Verfahrens anknüpfen könnte. Es ist, um dieselbe Sache von neuem vor den Richter zu bringen, wiederholte Klage notwendig. Klagerhebung aber bedeutet, abgesehen von Widerklage und Incidentfeststellungsklage, stets den Eintritt in ein neues Prozessrechtsverhältniss, den Beginn eines selbständigen Rechtsstreits. Auch durch § 243 Abs. 4 sollte ein anderes nicht bezweckt werden, als der Schutz des Beklagten vor Vexationen des Klägers.[2])

Resultat ist: falls nach Massgabe der Prorogationsvereinbarung die Annahme gerechtfertigt erscheint, es haben die Parteien nur für e i n e n speziellen Rechtsstreit Kompetenz begründen wollen, überdauert in Ermanglung anderweitiger Beredung die Kompetenz aus § 38 die Klagzurücknahme nicht.[3])

Kaum der Erwähnung bedarf, dass das Gegenteil der Fall ist, sobald die Annahme begründet ist, die Parteien haben bei Abschluss des Prorogationsvertrags die unbestimmte Mehrheit der aus einem Rechtsverhältniss möglicherweise entspringenden Streitigkeiten im Auge gehabt.

Auch die Frage, ob beim Schweigen des Vertrags Ausschliesslichkeit des vereinbarten Gerichtsstandes anzunehmen sei, ist zu

---

1) Vgl. Motive zu § 243 (Entwurf § 234).

2) Vgl. Motive a. a. O.

3) Vgl. darüber Deybeck S. 169, 170; Wach, Handbuch Bd. 1 S. 509, welchem Deybeck S. 170 mit Unrecht Mangel an Konsequenz vorwirft. Die Deduktion Deybeck's gegen Wach ruht auf dem u. E. unhaltbaren Satz, dass die auf wirkliche Vereinbarung basirte Zuständigkeit in der Regel bestehen bleibe, ob der Rechtsstreit in dem betreffenden Prozess beigelegt werde oder nicht. — Fortdauer der Zuständigkeit ist vielmehr, abgesehen von ausdrücklicher hierauf gerichteter Verabredung, nur anzunehmen in dem im Texte sogleich erwähnten Falle.

verneinen: denn eine Vermutung für das Plus der Ausschliesslichkeit besteht nicht; wiewohl andererseits der (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Beredung der Ausschliesslichkeit nichts im Wege steht.[1])

Zweifellos kann die Zuständigkeit, wie durch consensus geschaffen, so durch mutuus dissensus wieder zerstört werden. Der letztere ist jedoch vermöge positiver Bestimmung nur wirksam bis zum Momente des Eintritts der Rechtshängigkeit. Nach deren Eintritt steht dieser seiner Wirksamkeit der Satz entgegen: dass die Zuständigkeit des Prozessgerichts durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt wird — § 235 Abs. 2 Z. 2.[2])

§ 6 Der Gerichtsstand der fingirten Vereinbarung.

Seit Erlassung der C.-P.-O. ist sowohl darüber, ob § 39 Kompetenznorm sei oder blosse Judikationsbefugniss verleihe, als darüber, auf welches Prinzip die in § 39 statuirte Zuständigkeit zurückgeführt werden müsse, stets lebhaft gestritten worden; nicht minder war dies der Fall bezüglich der engeren oder weiteren Auslegung dieses § und seines Verhältnisses zu § 247, namentlich Abs. 3.

I. Der Streit über die erstgenannte Frage dürfte als erledigt anzusehen sein, sofern Birkmeyer, dem Begründer der Theorie von der Judikationsbefugniss des unzuständigen Richters,[3]) die grosse Mehrheit derjenigen gegenübersteht, welche in § 39 eine Kompetenznorm erblicken. Zur Annahme der letzteren Ansicht führen denn auch mit einer gewissen Notwendigkeit folgende Erwägungen:

---

[1]) So die Komm. von: Gaupp, Bd. 1 S. 90; Wilmowsky-Levy Bd. 1 S. 71, 72; Seuffert S. 51 (and. früher die 2. Aufl. S. 48); Wach, Handbuch Bd. 1 S. 503—504; Planck, Lehrbuch, Bd. 1 S. 82; Deybeck S. 62—71; offenbar auch Birkmeyer, das Verhältnis S. 39, nam. N. 99. — Für die Präsumption der Ausschliesslichkeit Struckmann-Koch Komm. S. 39; Westerburg b. Gruchot Bd. 21 S. 591; Bd. 25 S. 65; vgl. auch Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 483. — Gegen die unmittelbar prozessuale Wirkung der Vereinbarung der Ausschliesslichkeit Schwalbach im Archiv Bd. 64 S. 293 Note 54; Hellmann, Lehrbuch des Civilprozesses S. 127, 128.

[2]) Vgl. Deybeck S. 89—97, wo noch weitere Aufhebungsgründe besprochen sind, besonders S. 90—93; dazu Reatz S. 172, 214—217; Wach, Handbuch Bd. 1 S. 510.

[3]) Das Verhältnis S. 22 ff.; derselbe bei Busch, Zeitschrift für deutschen Civilprozess Bd. 5 S. 124—172.

In der C.-P.-O. selbst, wie auch in den Vorarbeiten und Motiven, ist mit keinem Wort von einer ausnahmsweisen Judikationsbefugniss des unzuständigen Richters die Rede. Vielmehr ist, wenn auch im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen, doch offenbar als von etwas Selbstverständlichem davon ausgegangen, dass lediglich die Zuständigkeit Befugniss und Verpflichtung zum Judiciren verleihe.[1]) Ein solch singuläres Gebilde wie die Judikationsbefugniss des unzuständigen Gerichts müsste aber, um von der Wissenschaft aufrecht erhalten werden zu können, mindestens irgend eine Erwähnung oder doch Andeutung in Gesetz oder Motiven gefunden haben. Ohne dieses kann man sich zu der Konstruktion Birkmeyer's um so weniger verstehen, als die Folgen, mag man das eine oder andere annehmen, dieselben sind, irgend ein theoretisches oder praktisches Bedürfniss durch Birkmeyer's Lehre aber nicht befriedigt wird. Im Gegenteil — der innere Widerspruch, welcher ihr anhaftet und durch keine Argumentation sich beseitigen lässt, trägt zu allem eher bei als zu einer befriedigenden Lösung der über die §§ 38 ff. aufgekommenen Streitfragen. Nichts anderes als eben die Judikationsbefugniss in concreto bildet Kern und Wesen des Begriffes der Zuständigkeit, so sehr, dass in ihr und ihrer Kehrseite, der Judikationsverpflichtung, der letztere sich geradezu erschöpft.

Für die Richtigkeit seiner Behauptung, dass § 39 in Wahrheit nicht eine, sondern zwei Fiktionen, nemlich erstens die Fiktion der Vereinbarung, zweitens die Fiktion der Zuständigkeit, enthalte,[2]) bezieht sich Birkmeyer auf die Analogie der actiones ficticiae des römischen Formularprozesses, speziell auf die Formel der actio Publiciana.[3])

Nicht zu leugnen ist, dass diese Formel und die ihr bei Gaius IV, 36 vorangehende Ausführung von zwei Fiktionen, des Usukapionsbesitzes und des quiritarischen Eigentums, redet. Allein hiermit ist doch für die Auslegung des § 39 der deutschen R.-C.-P.-O. nichts bewiesen.

Die publicianische Formel konnte und durfte sich übrigens mit der einen Fiktion des einjährigen Usukapionsbesitzes, aus

1) Vgl. Deybeck S. 226—234.
2) Das Verhältniss S. 25 ff.
3) Bei Busch Bd. 5 S. 160 ff.

welchem dann sofort die Thatsache des quiritarischen Eigentums hätte abgeleitet werden müssen, nicht begnügen. Dem stand schon die Rücksicht auf die Wirklichkeit der Dinge im Wege Denn bei der Publiciana war es von vornherein klar, dass Aulus Agerius nicht qua Eigentümer klage, sondern dass lediglich sein redlicher Besitz die Grundlage seines prozessualen Begehrens bilde. Dementsprechend wurde Eigentumsrecht vom Kläger auch nicht behauptet; es sollte und brauchte gar nicht vorhanden zu sein: es wurde nur — nach bekanntem römischem Brauche — herangezogen, damit unter seinem Schild, ohne förmliche Bildung neuen Rechts, dem Bedürfniss nach prozessualem Schutze des redlichen Besitzes (an usukapionsfähigen Sachen) entsprochen werden könne.

Bei § 39 dagegen drängt kein ähnlicher Grund zur Annahme blos fingirter Zuständigkeit; im Gegenteil — der natürliche Weg weist auf wirkliche Kompetenz. Gewonnen wird dieselbe schon aus dem Wortlaut des Gesetzes: § 39 enthält für sämmtliche Fälle, auf welche § 38 nicht zutrifft, eine gesetzliche Thatbestandsfiktion,[1]) diejenige der (stillschweigenden) Vereinbarung; von einer zweiten Fiktion ist nirgends die Rede. Da sich nun gesetzlich fingirter und wirklich existenter Thatbestand in ihren Wirkungen jedenfalls vollkommen gleichstehen — denn dies gerade wird durch die gesetzliche Thatbestandsfiktion bezweckt — so folgt, dass § 39 in gleichem Umfang wie § 38 Kompetenz schaffen will und schafft.

Dies geht auch aus der Stellung des § 39 im Gesetz hervor, dessen dritter Titel (wie die beiden ersten) mit der Zuständigkeit sich beschäftigt.

Mag auch die Kompetenznorm des § 39 in letzter Linie auf prozessualen Zweckmässigkeitsrücksichten beruhen, mag sich auch im Falle des § 39 die Judikationsbefugniss des Richters ohne Rücksicht auf „die sachliche oder örtliche Natur der Streitsachen“ lediglich nach der konkreten Lage des einzelnen Prozesses bestimmen, mag auch im Einzelfall die Frage der Zuständigkeit erst nach Beginn des Prozesses sich definitiv entscheiden — alle diese Be-

[1]) Ueber die sog. Rechtsfiktionen vgl. Deybeck S. 162 Note 1, wo als Beispiel für eine solche gerade die Fiktion des Eigentums in der Publicianischen Formel genannt ist.

denken Birkmeyer's[1]) kommen dem unzweideutig ausgesprochenen Gesetzeswillen gegenüber nicht in Betracht.

Auf Zweckmässigkeitsgründen beruht am Ende die ganze Kompetenzordnung; bei Erlassung von Kompetenznormen hat der Gesetzgeber freie Hand und ist keineswegs an die Rücksichten auf die sachliche Natur der Streitsachen und die für die prozessrechtliche Lokalisirung derselben sonst massgebenden Verhältnisse der beklagtischen Partei gebunden; die Entscheidung der Kompetenzfrage endlich ist im Falle des § 39, wie unter Umständen auch im Falle des § 38, eben eine rückwirkende, den Process rückwärts von seinem ersten Beginn an ergreifende.

Die Vorwürfe, welche Birkmeyer Das Verhältniss S. 37 gegen § 39 als Kompetenznorm erhebt, dürften demnach der Begründung entbehren.

Unrichtig erscheint aber auch die (von Deybeck[2]) geteilte) Ansicht Birkmeyer's,[3]) dass, falls § 39 nicht Kompetenznorm sei, sondern nur Judikationsbefugniss verleihe, vor dem nach § 39 judicirenden Richter Widerklage gemäss § 33 nicht erhoben werden könne.[4])

Jedenfalls stellt doch § 39, auch wenn er nicht Kompetenznorm ist, den unzuständigen Richter, was die zur Erledigung der Sache erforderlichen prozessualen Befugnisse betrifft, dem zuständigen in allen Stücken gleich. Aus der Befugniss (und Verpflichtung) zum Judiciren in der Vorklage folgt aber dasselbe für die Widerklage gemäss § 33. Der Wortlaut des § 33 steht dieser Konsequenz nicht im Wege, denn das „Gericht der Klage" im Sinne dieses § repräsentirt auch der mit blosser Judikationsbefugniss versehene Richter, und eine andere Eigenschaft wird von dem Gerichte der Widerklage nicht verlangt.[5])

1) Bei Busch Bd. 5 S. 163, 164.

2) S. 163, 164.

3) Das Verhältniss S. 70; derselbe bei Busch Bd. 5 S. 167—169.

4) A. A. die bei Deybeck S. 163 Note 1 Citirten: Wach, Handbuch Bd. 1 S. 477; Planck, Lehrbuch Bd. 1 S. 71; Just im Archiv Bd. 68 S. 301, 302.

5) Vgl. Motive zu § 33. Selbstverständlich ist die Anwendbarkeit des § 39 auf den Fall der Widerklage für diejenigen, welche in § 39 eine Kompetenznorm erblicken. — Ausserdem findet § 39 noch Anwendung auf die Fälle der Modification des Petitum im Sinne des § 240 Z. 2 u. 3 und der Klageerweiterung im Sinne des § 253 Vgl. Gaupp, Kommentar Bd. 1 S. 94 u. Seuffert, Kommentar S. 54.

II. Die Frage nach dem die Kompetenznorm des § 39 beherrschenden Prinzip ist aus diesem § selbst und dem Zusammenhang, im welchem er in die von der Zuständigkeit ex professo handelnden Bestimmungen der C.-P.-O. Aufnahme gefunden hat, zu beantworten. § 247 darf zur Entscheidung dieser Frage nicht herangezogen werden; er berührt sich zwar, soweit er von der Einrede der Unzuständigkeit handelt, vielfach wie mit den Zuständigkeitsnormen überhaupt, so namentlich auch mit § 39, handelt jedoch lediglich von der — völlig selbständigen — Frage, bis zu welchem Prozessstadium die Geltendmachung prozesshindernder Einreden zulässig, bezw. unter welchen Umständen ihre Nachholung möglich sei. § 247, soweit er die Inkompetenzeinrede berührt, gewinnt auf anderem Wege ein ähnliches praktisches Resultat wie die Kompetenznorm des § 39. Sitz der Materie der Zuständigkeit und desshalb Ausgangspunkt für die Beantwortung der oben angeregten Frage sind die §§ 38—40.

Der Norm des § 38 liegt als kompetenzwirkendes Moment wirklicher Parteienkonsens zu Grunde. Indem § 39 die vorbehaltlose Streiteinlassung des Beklagten zur thatsächlichen Grundlage einer Kompetenznorm macht, knüpft er in Uebereinstimmung mit einer Reihe neuerer deutscher Partikulargesetzgebungen an eine frühzeitig in der italienischen Doktrin und in der Folge auch in Deutschland hervorgetretene Rechtsanschauung an, weicht von derselben jedoch insofern ab, als in letzter Linie nicht die vorbehaltlose Litiskontestation, sondern die in ihr (und klägerischerseits in dem konkludenten Akt der Klageinreichung) vermöge Fiktion gefundene stillschweigende Vereinbarung kompetenzwirkender Faktor sein soll.

Eine Fiktion enthält § 39 für diejenigen Fälle, in welchen der Prorogationswille, sei es auf einer, sei es auf beiden Seiten, in Wirklichkeit nicht vorhanden oder mindestens für den Richter nicht erkennbar ist, d. h. für sämmtliche Fälle, auf welche § 38 keine Anwendung finden kann.

Ausschlaggebend ist allein das äusserliche prozessuale Verhalten des Beklagten.

Sowohl bei ihm als dem Kläger sieht § 39 von der Beschaffenheit des Willens grundsätzlich ab und ignorirt so jeden Parteiirrtum.

Die Motive[1]) stehen offenbar noch auf dem Standpunkt, dass der (im Entwurf und Gesetz gleichlautende) § 39 eine durch Gegenbeweis entkräftbare gewöhnliche Präsumption aufstelle. Dieser Gedanke hat jedoch im Gesetz keinen Ausdruck gefunden und es hat Just[2]) Recht, wenn er sagt: aus der blosen durch Gegenbeweis entkräftbaren Präsumption sei im weiteren Verfolg der gesetzgeberischen Arbeiten eine Fiktion geworden.

Nachdem der Gesetzgeber zu der Fiktion in § 39 einmal gegriffen, hat er damit auch den leitenden Gesichtspunkt angegeben, unter welchem die darin aufgestellte Kompetenznorm zu betrachten ist. Die Fiktion ist ihm nicht blos die Form, in welcher er einen Rechtssatz ausspricht;[3]) durch sie bezeichnet er vielmehr, „dass er diesen Grundgedanken als den massgebenden für die Konstruktion behandelt wissen will, schliesst daher jede Konsequenz aus einem abweichenden, etwa empirisch, aus dem wahren Sachverhalt ableitbaren Prinzipe aus.“[4])

Der Fiktion hätte der Gesetzgeber, wenn er nicht den eben bezeichneten Zweck damit erreichen wollte, überhaupt nicht bedurft. Nichts hätte ihn gehindert, pure die Streiteinlassung oder die Präklusion der Unzuständigkeitseinrede Kompetenz wirken zu lassen. Dass er sich des Umweges der Fiktion bedient und die Kompetenznorm des § 39 in den Titel von der „Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte“ aufgenommen hat, beweist, dass neben den im 2. Titel §§ 12—37 anerkannten Kompetenzgründen ein weiterer, als eben die Parteienvereinbarung, nicht hat sanktionirt werden wollen.

Die (fingirte) Vereinbarung also erscheint als das dem § 39 zu Grunde liegende Prinzip.[5]) „Es bildet daher,“ wie Wach zu-

[1]) Zu § 39 sagen dieselben: „Wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, vor einem unzuständigen Gerichte zur Hauptsache mündlich verhandelt, so ist die Annahme gerechtfertigt, dass er sich diesem Gerichte freiwillig unterwerfe.“

[2]) Im Archiv Bd. 68 S. 273.

[3]) So Deybeck S. 175.

[4]) Wach, Handbuch Bd. 1 S. 304.

[5]) So jetzt namentlich Wach, Handbuch Bd. 1 S. 302—304, 500, 501 Note 29 s. f., 504—507; E. d. R. G. (in Civils.) Bd. 1 S. 440. A. M. von denen, welche in § 39 eine Kompetenznorm sehen, besonders Bülow im Archiv Bd. 62 S. 1 ff. namentlich S. 41—59; Deybeck S. 150; früher auch Wach im Archiv Bd. 62 S. 381 ff.

treffend bemerkt, „für die Beantwortung im Gesetz nicht ausdrücklich entschiedener hieher gehöriger Fragen allein das Vereinbarungsprinzip den Obersatz.“[1])

Welche gesetzgeberische Berechtigung solche prozessuale Fiktionen haben,[2]) ob es nicht geratener wäre, sie gänzlich zu vermeiden, sind Erwägungen de lege ferenda; de lege lata sind sie mannigfach aufgestellt[3]) und üben auf die Beurteilung von Wesen und Wirkungen der durch sie beherrschten Normen bestimmenden Einfluss.

III. Es dürfte hier der Ort sein, einer Auffassung der Kompetenzordnung der C.-P.-O. zu gedenken, zu welcher das auf die Spitze getriebene Präklusionsprinzip und eine mehrfach angefochtene Argumentation mit dem Kausalitätsgesetz[4]) geführt haben.

Fitting[5]) gelangt zu folgenden Sätzen: Von gewissen Fällen abgesehen, in welchen aus örtlichen oder sachlichen Gründen ausschliessliche Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts oder von Gerichten bestimmter Art begründet sei, besitze jedes ordentliche Erstinstanzgericht Zuständigkeit für jede Streitsache. Aus den Bestimmungen der C.-P.-O. über örtliche und sachliche Zuständigkeit könne der Beklagte lediglich ein Ablehnungsrecht ableiten; diese Bestimmungen seien nur dazu da, dem Beklagten zu sagen, in welchen Fällen er ein Ablehnungsrecht habe, in welchen nicht.

Fitting's geistreich gebildete Lehre hat weder in der Theorie noch in der Praxis Boden gewonnen. Ihr einziger Anhänger scheint Schwalbach[6]) zu sein. Um so zahlreicher sind ihre Gegner, von

[1]) Wach, Handbuch Bd. 1 S. 506.

[2]) Gegen die gesetzgeberische Verwendung von Fiktionen Bülow im Archiv Bd. 62 S. 3—11, Bd. 64 S. 29 ff. Note 19; vgl. dazu Jhering, Geist 3. Teil S. 293—301. A. M. Leonhardt, In wie weit gibt es nach den Vorschriften der deutschen C.-P.-O. Fiktionen? Gegen Leonhardt vgl. Kohler in der Münchener kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 22 S. 369—374.

[3]) Vgl Bülow im Archiv Bd. 62 S. 11 ff.

[4]) Vgl. darüber Just im Archiv Bd. 68 S. 282 ff.; Adam S. 95 ff.

[5]) Im Archiv Bd. 63 S. 222—253, besonders S. 245 ff.; derselbe bei Busch Bd. 6 S. 343 ff. Vgl. auch Fitting, der Reichscivilprozess 7. Aufl. S. 47 ff. Gegen Fitting: Wach, Handbuch Bd. 1 S. 506 Note 43; Planck, Lehrbuch Bd. 1 S. 91 Note 18; Deybeck S. 152—156; Just im Archiv Bd. 68 S. 282—288; ferner die bei Deybeck S. 154 Note 1 Citirten.

[6]) Im Archiv Bd. 64 S. 258 Note 4.

welchen sie mit durchschlagenden Gründen widerlegt worden ist.[1]) Am gefährlichsten musste der Fitting'schen Lehre sein die ihr leicht nachzuweisende Identificirung von Befähigung zum Judiciren in abstracto und — lediglich in der Zuständigkeit begründeter — Judikations-Befugniss und -Verpflichtung in concreto. Dass aber die C.-P.-O. den Begriff der Zuständigkeit nur in letzterem Sinne, als Begrenzung der Gerichtsgewalt, auffasst, während sie über die Existenz zum Judiciren befähigter Gerichte als die selbstverständliche in der Gerichtsverfassung fundirte Grundlage ihrer wie jeder Kompetenzordnung kein Wort verliert, dass sie somit Befähigung zum Judiciren und Zuständigkeit als verschiedene Begriffe bewusst getrennt hält — ist ausser von Fitting (und vielleicht Schwalbach) von jedermann anerkannt.

IV. Nicht also der Nichtgebrauch der Imkompetenzeinrede, auch nicht die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten als solche, sondern die in der letzteren vermöge gesetzlicher Fiktion gefundene Vereinbarung wirkt de lege lata Kompetenz im Falle des § 39. Dieser hebt allerdings, wie die Motive sagen, einen besonderen Fall der stillschweigenden Vereinbarung hervor und erscheint demnach dem § 38 gegenüber als Spezialbestimmung, aber nicht in dem früher von Wach[2]) vertretenen Sinne, dass er eine sinngemässer erweiternder Auslegung fähige und bedürftige Exemplifikation desselben enthalte; vielmehr in dem Sinne, dass er einen einzelnen Thatbestand, welcher Vereinbarungsthatbestand nicht ist und trotzdem er dies nicht ist, durch Fiktion zum Vereinbarungsthatbestand stempelt, weil aus praktischen Rücksichten gerade er geeignet erschien, die Grundlage einer Kompetenznorm zu bilden.

Das in § 39 aufgestellte Requisit der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache schliesst die Annahme, dass auch in einem anderen beklagtischen Verhandeln als demjenigen zur Hauptsache ein gleichwertiges Verhalten zu finden sei, von vornherein aus. Stillschweigende Vereinbarung ist also nicht anzunehmen, wenn beispielsweise der Beklagte sich auf die Stellung des Antrags[3])

[1]) Vgl. die Note 122 Citirten.

[2]) Bei Gruchot Bd. 24 S. 723.

[3]) S. darüber Gaupp, Kommentar Bd. 1 S. 94; vgl. auch Wilmowsky Levy, Kommentar S. 458 Bemerkung 3; Seuffert, Kommentar S. 397. A. M. sind: Schneider i. Arch. Bd. 64 S. 420-425; Schwalbach b. Gruchot Bd. 26 S. 16.

oder auf die Vorbringung prozesshindernder Einreden beschränkt. Der einzige Fall, in welchem vom Standpunkt des Vereinbarungsprinzips aus die Anwendung des — erweiternd ausgelegten — § 39 in Frage kommt, ist der der totalen Versäumniss des Beklagten, sei es, dass derselbe gar nicht erscheint oder zwar erscheint, aber nicht verhandelt.[1])

Folgendes scheint für die Anwendbarkeit des § 39 auf diesen Fall zu sprechen:

Verlangt ist mündliche Verhandlung zur Hauptsache (ohne Geltendmachung der Unzuständigkeitseinrede). Gemäss § 296 Abs. 1 wird der nicht erschienene (nicht verhandelnde) Beklagte so behandelt, als ob er den Antrag auf Klagabweisung gestellt, das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers aber zugestanden hätte. Jedenfalls also wird vermöge Fiktion von ihm angenommen, dass er zur Hauptsache mündlich verhandelt habe und zwar selbstverständlich ohne Rüge etwaiger Unzuständigkeit. Warum soll nun, was für den nicht erschienenen Beklagten in § 296 hinsichtlich der Versäumnissfolgen bestimmt ist, von demselben nicht auch gelten in Ansehung der Kompetenzfrage? Warum soll die Fiktion des § 296 nicht verwertbar sein zur Auslegung des § 39?

Fiktion ist Gleichstellung verschiedener Thatbestände nach Wesen und Wirkungen oder Subsumirung eines Thatbestandes unter einen durch diesen Thatbestand nicht ausgefüllten Rechtsbegriff.[2])

Wo immer Gesetzgebung und Wissenschaft die Fiktion verwenden, geschieht dies nicht, um mit Wirkung für das gesammte Rechtsgebiet die Gleichstellung der verschiedenen Thatbestände oder die Subsumirung eines Thatbestandes unter einen ihm an sich fremden Rechtsbegriff anzuordnen; die Wirkung der Fiktion wird vielmehr begrenzt durch den Zweck, dessen erstrebte Erreichung ihre Aufstellung veranlasst hat.

Von den Fiktionen der §§ 39 und 296 stellt die eine die vorbehaltlose mündliche Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache einer auf Kompetenzbegründung gerichteten Parteienvereinbarung gleich; Zweck der anderen ist, das Nichtverhandeln, Nichterscheinen des Beklagten „dem Verhandeln gleichzustellen in Bezug auf Pro-

[1]) Vgl. Deybeck S. 138 ff., namentlich S. 143 ff.

[2]) Vgl. Wach, Handbuch Bd. 1 S. 301 ff.

zessbegründung und Prozessentscheidung.“ [1]) Durch § 296 wollte dem Nichterscheinen (Nichtverhandeln) des Beklagten die Wirkung des mündlichen Verhandelns zur Hauptsache nur insoweit verliehen werden, als es sich darum handelt, auf den einseitigen Vortrag des Klägers hin die Erlassung einer Sachentscheidung zu ermöglichen. Ob auch in Absicht auf Kompetenzbegründung die Gleichstellung zu erfolgen hat, ist lediglich aus § 39 selbst zu entnehmen. Wortlaut und Geschichte dieses § verweisen mit Entschiedenheit auf die wörtliche (engere) Auslegung. So sagen denn auch die Motive zu § 39:

„Wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, vor einem unzuständigen Gericht zur Hauptsache mündlich verhandelt, so ist die Annahme gerechtfertigt, dass er sich diesem Gericht freiwillig unterwerfe. Dagegen bestimmt der Entwurf nicht, dass eine stillschweigende Vereinbarung auch dann anzunehmen sei, wenn der Beklagte in dem Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, denn aus der Thatsache des Nichterscheinens ist eine Unterwerfung unter das an sich unzuständige Gericht nicht zu folgern; der nicht erschienene Beklagte darf erwarten, dass das unzuständige Gericht die Unzuständigkeit von Amtswegen aussprechen werde.“

Man braucht nicht der Birkmeyer'schen Ansicht über § 39 zu sein, um seiner Begründung des argumentum e contrario: § 39 sei strikt zu interpretiren, weil er ius singulare enthalte,[2]) beistimmen zu können. Jede auf Fiktion beruhende Gesetzesbestimmung, sofern sie in Wirklichkeit nicht Vorhandenes als vorhanden anzunehmen befiehlt, ist singulärer Natur und „widerstrebt wegen der in ihr an und für sich liegenden Gewaltthätigkeit der analogen Anwendung.“ [3])

Ergebniss ist: § 39 ist mittelst argumentum e contrario auszulegen; lediglich wirkliche mündliche Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache wirkt Kompetenz.

Die Annahme des Gegenteils würde dahin führen, dass im Einspruchsverfahren (§ 303 ff.) von dem Beklagten, gegen den ein

---

[1]) So Deybeck S. 146.

[2]) Birkmeyer bei Busch Bd. 5 S. 133.

[3]) Wach, Handbuch Bd. 1 S. 509

Versäumnissurteil ergangen, die Einrede der Unzuständigkeit nicht mehr geltend gemacht werden könnte; und doch ist der Fall wohl denkbar, dass der Beklagte gerade mit Rücksicht auf die Unzuständigkeit im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschien.

V. Bei der Vereinbarung nach § 38 sind die Parteien in der Lage, vorbehältlich der in § 40 ausgesprochenen Beschränkungen, sowie der Bestimmung des § 235 Abs. 2 Z. 2, ihrer Uebereinkunft den verschiedenartigsten Inhalt zu geben, eine Verabredung namentlich dahin zu treffen, dass Zuständigkeit begründet werden solle nur für eine konkrete oder für mehrere Rechtsstreitigkeiten im Rahmen des § 40 Abs. 1, und dass, wenn ersteres geschehen, die Zuständigkeit nur dauern solle bis zum Moment etwaiger Klagzurücknahme oder fortdauern solle für den Fall der Erneuerung des Prozesses vor demselben forum. Bei § 39 dagegen spielt der Parteiwille keine Rolle; eine derartige Verschiedenheit der Möglichkeiten ist nicht denkbar.

Naturgemäss kann sich die Norm des § 39, da sie die Zuständigkeitsfrage von dem prozessualen Verhalten des Beklagten abhängig macht, wie alles, was innerhalb des Rahmens eines Prozesses geschieht, stets nur auf den gerade vorliegenden, konkreten Rechtsstreit beziehen. Zweifel sind möglich im Falle der Klagzurücknahme.

Auch hierher gilt das oben über die Klagzurücknahme Ausgeführte, woraus folgt, dass die Norm des § 39 dieselbe Kraft hat, wie eine Vereinbarung nach § 38, welche einen einzelnen Rechtsstreit bezieht und über die Fortdauer der Kompetenz im Falle der Klagzurücknahme eine Bestimmung nicht enthält.[1])

VI. Die herrschende Lehre über das Verhältniss der §§ 39 und 247 nimmt an: § 39 statuire nur insoweit Kompetenz, als die Präklusion der Unzuständigkeitseinrede reiche; die letztere aber beurteile sich aus § 247, namentlich Abs. 3, welcher sonach den § 39 in seiner Wirksamkeit beschränke.[2]) § 247 Abs. 3 soll also trotz und neben der Kompetenznorm des § 39 Geltung haben.

[1]) D. h. die Kompetenz überdauert im Falle des § 39 die Klagzurücknahme nicht.

[2]) So Deybeck S. 170—180 und die daselbst Citirten.

Wenige aber gewichtige Stimmen[1]) dagegen sprechen dem § 247 Abs. 3, soweit er sich auf die Unzuständigkeitseinrede bezieht, Geltung neben § 39 ab.

Die Stellungnahme zu dieser Frage hängt zwar mit der anderen zusammen, ob § 39 auf dem Vereinbarungsprinzip beruhe oder nicht; thätsächlich sind aber nicht alle Anhänger der letzteren der oben erwähnten Ansichten zugleich Anhänger der Vereinbarungstheorie und umgekehrt

Aus dem, was über die Thatbestandsfiktion — und um eine solche handelt es sich im Falle des § 39 — und deren Wirkungen ausgeführt wurde, folgt, dass der Gesetzgeber, soweit der zu erreichende Zweck, nemlich Kompetenzbegründung, in Frage steht, die sämmtlichen Wirkungen, welche die wirkliche Vereinbarung des § 38 äussert, voll und ganz auf den Thatbestand des § 39 übertragen und dass „der weitere Ausbau der an § 39 sich anknüpfenden Lehre lediglich vom Vereinbarungsgedanken aus zu erfolgen hat.“[2]) Daraus ergibt sich, dass der Mangel des Vereinbarungswillens auf klägerischer oder beklagtischer Seite, wie er bei der Kompetenzbegründung irrelevant ist, so auch im späteren Verlauf des Verfahrens nicht mehr in Betracht kommen und von einer Nachbringung der — wenn auch nachweisbar schuldlos versäumten — Unzuständigkeitseinrede so wenig wie im Falle des § 38 die Rede sein kann.

Es würde, wenn dem nicht so wäre, mit der andern Hand genommen, was mit der einen gegeben ist, oder, um mit Wach[3]) zu reden, die Bejahung der Zuständigkeit im Falle des § 39 und wiederum die Verneinung derselben im Falle des § 247 Abs. 3 ausgesprochen sein.

Für denjenigen, welcher die herrschende Ansicht, dass die „Gerichtsstandsvorschrift“[4]) des § 39 nur insoweit Kompetenz statuire, als zugleich die Einrede der Unzuständigkeit gemäss § 247

[1]) Es sind dies: Wach, Handbuch Bd. 1 S. 504—507 (früher a. M. im Archiv Bd. 62 S. 381—383); Bülow im Archiv Bd. 62 S. 42 Note 38, 39; Seuffert, Kommentar S. 323; Petersen, Kommentar S. 66, 414. Derselbe bei Busch Bd. 3 S. 250; neuerdings auch Kohler im Archiv Bd. 70, S. 221, 222.

[2]) So Wach, Handbuch Bd. 1 S. 304.

[3]) Wach a. a. O. S. 507.

[4]) Wach a. a. O. S. 505 und Note 42 daselbst.

Z 1 und Abs. 1 und 3 präkludirt sei, nicht teilt, enthalten § 39 und § 247 Abs. 3 einen unlösbaren Widerspruch.

An sich verdient keine der beiden Bestimmungen vor der andern den Vorzug; beide sind gleichwertige Teile desselben Gesetzes, mag sich auch historisch die eine Vorschrift aus der andern entwickelt haben.[1])

Auch die Ausführung von Petersen,[2]) dass § 39 als lex specialis dem § 247 vorgehe, ist nicht einwandfrei.

Denn nicht der gesammte § 247 tritt in Konkurrenz mit § 39, sondern nur insoweit, als er auf die Einrede der Unzuständigkeit sich bezieht; von zwei Gesetzesbestimmungen aber, deren eine Kompetenznorm ist, während die andere im Zusammenhang der Lehre von den prozesshindernden Einreden die Geltendmachung der Unzuständigkeit im Prozess behandelt, kann kaum gesagt werden, dass sie im Verhältniss von lex specialis und lex generalis stehen.

Ausschlaggebend ist vielmehr neben der vorbehaltlosen Fassung des § 39 die durch die Fiktion herbeigeführte Gleichstellung des wirklich vorhandenen Thatbestandes mit der kompetenzwirkenden Vereinbarung des § 38. Diese Gleichstellung reicht genau so weit als die Wirkungen der letzteren in Absicht auf Kompetenzbegründung; innerhalb dieser Grenze aber ist sie eine unbeschränkte.

So wenig nun dem § 38 gegenüber die Einrede der Unzuständigkeit Raum hätte, so wenig ist dies dem Thatbestand des § 39 gegenüber der Fall, einerlei ob die zeitige Vorbringung der Einrede mit oder ohne Schuld des Beklagten versäumt wurde. Nachdem einmal die positive Wirkung der Kompetenz eingetreten, kann die Geltendmachung der Unzuständigkeitseinrede unter keinen Umständen mehr — auch nicht im Wege der Restitution[3]) — in Betracht kommen.

Um die Inkonvenienz der Vorbringung der Unzuständigkeitseinrede bei vorhandener Zuständigkeit zu vermeiden, helfen sich die Vertreter der herrschenden Ansicht dadurch, dass sie die Zuständigkeitsfrage erst in dem Moment — und zwar dann ex tunc — sich

[1]) Vgl. hierzu Just im Archiv Bd. 68 S. 273.

[2]) Bei Busch Bd. 3 S. 250, 251.

[3]) Geradezu von „in integrum restitutio ex capite erroris“ spricht v. Amsberg im Archiv Bd. 65 S. 95, 97.

entscheiden lassen,[1]) wo es für den Beklagten zu spät geworden, die Unzuständigkeit gemäss Abs. 3 des § 247 zu rügen, bezw. wo derselbe die begründete Einrede der Unzuständigkeit gemäss Abs. 1 oder 3 geltend macht. Also Prozessführung vor einem Gerichte, dessen Zuständigkeit erst mit dem Schlusse der mündlichen Verhandlung eintritt![2]) Mit der unzweideutigen Vorschrift des § 39 ist dieses Ergebniss nicht zu vereinigen.

Andere lassen § 39 sofort Kompetenz wirken und fassen § 247 Abs. 3 dahin auf, dass derselbe gegen den Verlust prozesshindernder Einreden, so auch derjenigen der Unzuständigkeit, in integrum restituire.[3])

Zweck und Aufgabe des § 247 ist, „den Verhandlungsstoff seiner inneren Natur nach zu sichten und die Feststellung der für den eigentlichen Prozess d. h. für die meritorische Verhandlung und Entscheidung erforderlichen Voraussetzungen einem Vorverfahren zuzuweisen, wie es ähnlich schon der römische Formularprozess in der Trennung der Verhandlung in iure von derjenigen in iudicio kannte.“[4]) § 247 Abs. 3 vermag daher dem gegen den Grundsatz der Trennung von praeparatoria und meritoria iudicii verstossenden Beklagten nur insoweit Restitution zu gewähren, als das prozesstechnische Interesse der Rechtsordnung an dieser Sichtung des Prozessstoffes in Betracht kommt. Haben sich aber an dieses Verhalten des Beklagten ausser dem Verlust der prozesshindernden Einrede als solcher anderweitige nicht aus § 247 zu beurteilende Folgen angeschlossen, so werden diese durch die in § 247 Abs. 3 in Aussicht gestellte Restitution nicht berührt. Bei den prozesshindernden Einreden Nr. 2—6 ist dies nicht der Fall; es kann desshalb gegen ihre Verwirkung unter den Voraussetzungen des Abs. 3 bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung restituirt werden. Anders verhält es sich einzig bei Nr. 1, der Einrede der

[1]) So Deybeck S. 171.

[2]) Denn bis zu diesem Zeitpunkt ist unter den Voraussetzungen des § 247 Abs. 3 Vorbringung der Inkompetenzeinrede und Klagabweisung wegen Unzuständigkeit nach Ansicht der Gegner immer noch denkbar.

[3]) So v. Amsberg im Archiv Bd. 65 S. 92 ff.; auch Gaupp, Kommentar Bd. 1 S. 94 und Planck, Lehrbuch Bd. 1 S. 92 Note 25.

[4]) Vgl. Just im Archiv Bd. 68 S. 272.

Unzuständigkeit: aus ihrer Versäumung, verbunden mit der Einlassung des Beklagten zur Hauptsache, ist ein Positives, die Zuständigkeit, erwachsen, und diesem lediglich aus § 39 zu beurteilenden Erfolg gegenüber versagt der Restitutionsnorm des § 247 Abs. 3 die Kraft.

In den §§ 39 und 247 hat der Gesetzgeber die Zuständigkeitsfrage von zwei verschiedenen Seiten her geregelt. Die erzielten Resultate decken sich nur teilweise. Nach dem Ausgeführten verdient die prinzipielle Norm des § 39 vor § 247 Abs. 3 den Vorzug. Die durch § 39 geschaffene Kompetenz ist eine definitive, durch keine Restitution mehr zu beseitigende, m. a. W.: § 247 Abs. 3 ist in Ansehung der Unzuständigkeitseinrede nicht anwendbar.

Die Motive zu § 247 (Entwurf § 238) geben keinen klaren Aufschluss über ihre Stellung zu dieser Frage. Sie beschränken sich darauf, wegen der Einrede Nr. 1 auf die §§ 39, 40 zu verweisen."

v. Amsberg, zur Zeit der Beratung der C.-P.-O. Direktor im Reichskanzleramt, erklärt, dass die gesetzgebenden Faktoren während der Vorverhandlungen wohl des engen Zusammenhanges der §§ 39 und 247, nicht aber der Rückwirkung des letzteren auf ersteren sich bewusst gewesen seien.[1])

Mag der Gesetzgeber selbst diese Rückwirkung sich genügend überlegt haben oder nicht, sie ist ausgeschlossen durch die vorbehaltlose Statuirung der Kompetenznorm des § 39 unter dem Gesichtspunkte der Vereinbarung.

VII. In einem Falle ist die Nachbringung auch der (an sich präkludirten) Unzuständigkeitseinrede gemäss §§ 247 Abs 3 zulässig.

Wie alle prozesshindernden Einreden wird auch diejenige der Unzuständigkeit durch nicht gleichzeitiges Vorbringen im Sinne des § 247 Abs. 1 präkludirt.[2]) Ausgangspunkt und Grundlage zur Gewinnung dieses Satzes ist einzig § 247, die Präklusionsnorm; § 39 als Kompetenznorm hat hiermit nichts zu thun. In § 247 Abs. 1 ist die Gleichzeitigkeit des Vorbringens prozesshindernder Einreden gleich kategorisch vorgeschrieben wie ihre Geltendmachung vor der Verhandlung zur Hauptsache. Die Notwendigkeit des

[1]) Im Archiv Bd. 65 S. 93, 94.

[2]) Vgl. zum Folgenden Deybeck S. 128—134 und die daselbst Citirten.

letzteren folgt übrigens für die Einrede der Unzuständigkeit schon aus § 39. Indem § 247 dies noch ausdrücklich betont, stellt er nach Wach[1]) lediglich die Harmonie mit § 39 her.

Aus dieser Fassung des gen. Abs. 1 und der in ihm ausgesprochenen zweifachen Befristung des Vorbringens prozesshindernder Einreden erhellt die Anwendbarkeit des § 208 auch auf den Fall nicht gleichzeitiger Geltendmachung. Dies umsomehr, als der Zweck, welchen der Gesetzgeber mit der Vorschrift des gleichzeitigen Vorbringens im Auge hat, Vermeidung von Prozessverschleppung, nur dann erreicht wird, wenn der Verstoss gegen die Vorschrift den Ausschluss mit der Einrede nach sich zieht. Der totale Verlust der Einrede ist aber die unvermeidliche Folge dieses Zuwiderhandelns;[2]) teilweise Präklusion eines Verteidigungsbehelfes in dem Sinne, dass dessen Wirksamkeit nur nach einer bestimmten Seite hin verloren geht, im übrigen aber die Einrede in Kraft bleibt, ist mit § 208 nicht vereinbar.

Wo immer schon vor der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache eine der Einreden des § 247 Z. 1—6 vorgebracht wurde, da ist ihre Geltendmachung nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung zugleich nicht gleichzeitiges Vorbringen. Auf diese Fälle findet auch Abs. 3 unstreitig Anwendung, wenigstens bezüglich der Einreden Z. 2—6. Nicht gleichzeitiges Vorbringen liegt aber auch dann vor, wenn der Beklagte vor der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache „nach Verwerfung einer prozesshindernden Einrede andere Einreden derselben Art nachschiebt.“[3]) Zweifellos sind auch durch diese Art nicht gleichzeitigen Vorbringens die nachgeschobenen Einreden präkludirt. Die Frage ist nur: findet die Restitutionsnorm des Abs. 3 auch auf diese Fälle Anwendung? und auch bezüglich der Einrede der Unzuständigkeit? Beides ist zu bejahen.

Argumento a maiori ad minus darf aus § 247 Abs. 3 geschlossen werden, dass, wenn der Gesetzgeber noch nach Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache die Nachholung an sich präkludirter prozesshindernder Einreden ausdrücklich zulässt,

---

1) Handbuch Bd. 1 S. 506 Note 42.

2) Vgl. Deybeck S. 131.

3) Gaupp, Kommentar Bd. 1 S. 498.

er — ceteris paribus — gegen ihre Nachbringung um so weniger etwas einzuwenden hat in dem Fall, wo der Rechtsstreit über die praeparatoria noch nicht hinausgediehen ist.

Diese Restitution bezieht sich dann auch auf die Einrede der Unzuständigkeit: denn Kompetenz ist noch nicht eingetreten, da die Einrede zwar präkludirt, der Thatbestand des § 39 jedoch noch nicht erfüllt ist. Analoger Anwendung aber ist § 39 nicht fähig.

Obgleich noch nicht zuständig zur Erledigung der Hauptsache, kann und muss demnach das Gericht, im Falle des § 248 sogar durch Urteil, über die praeparatoria iudicii (§ 247 Z. 1—6) entscheiden. Es ist damit in Ansehung der prozesshindernden Einreden für diesen einen Fall Judikationsbefugniss und -Verpflichtung des in der Hauptsache unzuständigen Richters begründet.

Wesentliches Ergebniss vorstehender Ausführungen, soweit sie die R.-C.-P.-O. betreffen, ist:

I. § 39 ist Kompetenznorm und stricte auszulegen; der zu Grunde liegende Gedanke, zugleich der leitende Gesichtspunkt für den „weiteren Ausbau der Lehre", ist der der Vereinbarung.

II. § 247 Abs. 3 findet keine Anwendung auf die Einrede der Unzuständigkeit.[1])

[1]) Im Verein mit der Lehre von der fori prorogatio ist wegen eines nicht zu leugnenden Zusammenhangs mehrfach in der Literatur die Frage der Kompetenzprüfung im Versäumnissfall behandelt worden, so z. B. von Wach im Archiv Bd. 62, v. Amsberg daselbst Bd. 65; ferner von Deybeck und Adam in den mehrerwähnten Schriften. U. E. gehört diese Frage der Versäumnisslehre an.